سلسلة التحقيقات العلمية (٤٠) إصداراتنا الرقمية (١٠٢)

الاختيار لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث

عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي

ولد سنة (٥٩٩) هـ وتوفي سنة (٦٨٣) هـ

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان - الأردن

الجزء الرابع

الدعوى والإقرار والشهادات والوكالة والكفالة والحوالة والصلح والشركة والمضاربة والوديعة واللقيط واللقطة والآبق والمفقود والخنثى والوقف والهبة والعارية والغصب وإحياء الموات والشرب والمزارعة والمساقاة



مركز أنوار العلماء للدراسات

تحفة الأخيار على...

... الاختيار لتعليل المختار



الطبعة الرقمية الأولى

١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ مـ

إصدار
مركز أنوار العلماء للدراسات
التابع
لرابطة علماء الحنفية العالمية
World League of Hanafi Scholars

جوال 00962781408764

البريد الإلكتروني anwar_center1995@yahoo.com

الاختيار لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي الحنفيُّ

(ولد سنة ٥٩٩ ـ وتُوفي سنة ٦٨٣هـ)

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان، الأردن

الجزء الرابع

الدعوى والإقرار والشهادات والوكالة والكفالة والحوالة والصلح والشركة والمضاربة والوديعة واللقيط واللقطة والآبق والمفقود والخنثى والوقف والهبة والعارية والغصب وإحياء الموات والشرب والمزارعة والمساقاة

مركز أنوار العلماء للدراسات



كتاب الدّعوى

الدّعوَى[1] مُشْتقةٌ من الدُّعاء، وهو الطَّلَب.

---

(١) لغةً: إضافة الشيء إلى نفسه مطلقاً من غير تقييد بمنازعة أو مسالمة، وشرعاً: هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة، كما في الكنز والتبيين٤: ٢٩٠.

وركنها: فهو قول الرجل: لي على فلان أو قِبَل فلان كذا، أو قضيت حقَّ فلان، أو أَبرأني عن حقِّه، ونحو ذلك، فإذا قال ذلك فقد تمّ الركن، كما في البدائع٦: ٢٢٢.

وشرائط صحتها:

١. عقل المدّعي والمدّعى عليه، فلا تصحّ دعوى المجنون والصبيّ الذي لا يعقل، وكذا لا تصحّ الدعوى عليهما، حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البيّنة؛ لأنَّهما مبنيان على الدعوى الصحيحة.

٢. أن يكون المُدَّعَى معلوماً؛ لتعذّر الشهادة والقضاء بالمجهول، والعلم بالمُدَّعَى إنَّما يحصل بأحد أمرين: إمّا الإشارة وإمّا التَّسمية، وجملة الكلام فيه أنَّ المُدَّعَى لا يخلو إما أن يكون عيناً، وإما أن يكون ديناً، فإن كان عيناً فلا يخلو، إما أن يكون محتملاً للنقل أو لم يكن محتملاً للنقل، فإن كان محتملاً للنقل فلا بُدّ من إحضاره؛ لتمكن الإشارة إليه عند الدّعوى والشّهادة، فيصير معلوماً بها إلاّ إذا تعذّر نقله كحجر الرّحى ونحوه، فإن شاء القاضي استحضره وإن شاء بعث إليه أميناً، وإن لم يكن محتملاً للنقل، وهو العقار

وفي الشَّرع: قولُ يَطْلُبُ به الإنسانُ إثباتَ حقّ على الغير لنفسه.

والبيِّنةُ من البيان، وهو الكَشْفُ والإظهارُ.

والبيِّنةُ في الشَّرع تُظْهِرُ صِدقَ المدَّعي وتَكْشِفُ الحقّ.

والأصلُ في الباب قوله ﷺ: «لو تُركَ النّاس ودَعواهم لادعى قومٌ دِماء قوم وأموالهم، لكن البَيِّنَةَ على المدّعي، واليَمين على المدَّعى عليه»[1].

فلا بُدّ من بيان حدّه ليكون معلوماً؛ لأنَّ العقارَ لا يصير معلوماً إلا بالتحديد، وإن كان دَيناً فلا بُدّ من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته؛ لأنَّ الدَّين لا يصير معلوماً إلاّ ببيان هذه الأشياء.

٣.أن يذكر المُدَّعي في دعوى العقار أنَّه في يد المدَّعى عليه.

٤.أن يذكر أنَّه يطالبه به؛ لأنَّ حقّ الإنسان إنَّما يجب إيفاؤه بطلبه.

٥. مجلس الحكم، فلا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي كما لا تُسمع الشهادة إلا بين يديه.

٦.حضرة الخصم، فلا تسمع الدعوى والبيّنة إلاّ على خصم حاضر.

٧.عدمُ التناقض في الدعوى، وهو أن لا يسبق منه ما يُناقض دعواه؛ لاستحالة وجود الشَّيء مع ما يُناقضه ويُنافيه، حتى لو أقرَّ بعينٍ في يدِه لرجل فأمر القاضي بدفعها إليه ثمّ ادّعى أنَّه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه؛ لأنَّ إقرارَه بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك؛ لأنَّ الشراء يوجب الملك للمشتري، فكان مناقضاً للإقرار، والإقرار يناقضه فلا يصحّ، كما في البدائع٦: ٢٢٢-٢٢٣.

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكنَّ البيِّنة على المدعي واليمين على مَن المدعى عليه...» في صحيح

وفي رواية: «واليمين على مَن أنكر»[1].

ويروى أنّ حَضْرميّاً وكِنْديّاً اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء، فقال للمدعي: «ألك بيِّنةٌ؟ قال: لا، فقال: لك يمينه ليس لك غير ذلك»[2].

فنَبْدأُ بمعرفةِ المدَّعي والمدَّعى عليه؛ إذ هو الأصلُ في الباب، ونَبْني عليه عامّة مسائله.

قال: (**المدَّعي: مَن لا يُجْبَرُ على الخُصُومة، والمُدَّعَى عليه: مَن يُجْبَرُ**).

وقيل: المُدَّعي: مَن يُضِيفُ إلى نفسِهِ ما ليس بثابتٍ، والمُدَّعَى عليه: مَن يَتَمَسَّكُ بما هو ثابتٌ بظاهر اليد، فلو أُدّعي على رجلٍ ديناً فادّعَى الوَفاء والبَراءة صارَ مدّعياً لدعواه ما ليس بثابت، وهو فَراغُ ذمّته بعد اتفاقهما على الشُّغل.

البخاري٤: ١٦٥٦، وصحيح مسلم٣: ١٣٣٦.

(١) في سنن البيهقي الكبير١: ٢٥٢، قال النووي: حديث حسن، وينظر: تلخيص الحبير٤: ٢٠٨، وكشف الخفاء١: ٣٤٢.

(٢) فعن علقمة بن وائل عن أبيه ؓ، قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إنَّ هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أَزرعها ليس له فيها حقّ، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله، إنَّ الرجلَ فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورّع من شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك، فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض» في صحيح مسلم١: ١٢٣.

وقيل: المدَّعي: مَن لا يَستحقُّ إلا بحُجّةٍ كالخارج، والمدَّعَى عليه: مَن يستحقُّ بقولِهِ من غيرِ حُجّةٍ كذِي اليد.

وقيل: المُدَّعي: مَن يُضيفُ ما عند غيره إلى نفسِهِ، والمدَّعَى عليه: ما يُضيفُ ما عنده إلى نفسِهِ.

وجميعُ العبارات مُتقاربة، وينبغي أن يحقّق ذلك، ويُعْرَفُ بالمعنى لا بالصُّورة، فإنّ المودَع إذا ادّعى إيصالَ الوَديعة، فإنّه مُدَّع صُورةً مُنْكرٌ معنى، حتى لو تَرَكَ لا يُتْرَكُ.

والفَقيهُ إذا أَمْعنَ النَّظرَ وأَنْعمَ الفِكْرَ ظَهَرَ له ذلك بتوفيق الله[1].

ولا يَصِحُّ الدَّعوى إلا في مجلسِ القَضاء على خَصْمٍ حاضرٍ.

اعلم أنَّ الدَّعوى إذا صَحَّت عند القاضي أَوْجَبَت على الخَصْم الحُضور إلى مجلس القاضي، قال تعالى: {وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا

(١) في الهداية٨: ١٥٤: «معرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ، فمنها ما قال في الكتاب وهو حدٌّ تام صحيح، وقيل: المدعي مَن لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمُدَّعى عليه مَن يكون مستحقاً بقوله من غير حجّة كذي اليد، وقيل: المدعي مَن يتمسك بغير الظاهر والمُدَّعى عليه من يتمسّك بالظاهر، وقال محُمّد ﷺ في الأصل: المُدَّعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح، لكنَّ الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذّاق من أصحابنا؛ لأنَّ الاعتبار للمعاني دون الصور فإنَّ المودَع إذا قال: ردَّدت الوديعة، فالقول له مع اليمين، وإن كان مُدّعياً للردّ صورة؛ لأنَّه ينكر الضّمان».

فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ} [النور: ٤٨] ذَمَّهم على ترك الحُضور، وهو الإعراض عن الإجابة.

وعن عليّ ﵁: «أنّ امرأةَ الوليد بن عُقْبة جاءت إلى رسول الله ﷺ تَسْتَعْدي على زَوجها، فأَعداها، فقالت: أبى أن يجيء، فأَعطاها هَدَبةً من ثوبِه، فجاءت به»(١)؛ ولأنّ الحُكَّامَ يُحضرون النّاس بمجردِ الدَّعوى من لدنِ رسولِ الله ﷺ إلى يَوْمِنا هذا من غير نكير.

فإذا حَضَرَ وادَّعى عليه وَجَبَ عليه الجَواب بلا أو بنعم، حتى لو سَكَتَ كان إنكاراً، فيَسْمَعُ البَيِّنَةَ عليه دفعاً للضَّرر عن المدِّعي، إلا أن يكون أَخرَسَ.

قال: **(ولا بُدَّ أن تكونَ الدَّعوى بشيءٍ معلومِ الجِنْس والقَدْر)**؛ لأنّ الدَّعوى للإلزام، والقَضاءُ بالمَجْهول غيرُ ممكن.

وكذلك الشَّهادةُ بالمَجهول لا تُقْبَلُ.

---

(١) فعن علي ﵁: «أنّ امرأةَ الوليد بن عُقْبة أتت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إنّ الوليدَ يضربها، قال: قولي له: قد أجارني، قال عليّ: فلم تلبث إلا يسيراً حتى رجعت، فقالت: ما زادني إلا ضرباً، فأخذ هدبةً من ثوبه فدفعها إليها. وقال: قولي له: إن رسول الله ﷺ قد أجارني، فلم تلبث إلا يسيراً حتى رجعت، فقالت: ما زادني إلا ضربا. فرفع يديه وقال: اللهم عليك الوليد أثم بي مرّتين» في مسند أحمد٢: ٤٣١، وفي مجمع الزوائد٤: ٣٣٢: «رواه عبد الله بن أحمد، والبَزار، وأبو يَعلى، ورجالُه ثقات».

(فإن كان ديناً ذَكَرَ أنّه يُطالبُه به)؛ لأنّ فائدةَ الدّعوىٰ إجبارُ القاضي المدَّعَىٰ عليه علىٰ إيفاءِ حَقِّ المدَّعي، وليس للقاضي ذلك، إلا إذا طالبَه به فامتنع، ولا بُدّ من ذِكْر الوَصْف؛ لأنّه لا يُعرف إلا به.

(وإن كان عيناً كُلِّفَ المُدَّعى عليه إحضارَها)؛ ليشير إليها بالدَّعْوَىٰ والشُّهودِ عند أداءِ الشَّهادة، والمُنكرُ عند اليمين، ولأنّ ذلك أَبْلغُ في التَّعريف.

(فإن لم تكن حاضرةً ذكر قِيمَتَها)؛ لأنّه إذا تعذَّرَ مشاهدةُ العَيْن، فالقيمةُ تقومُ مَقامها كما في الاستهلاك؛ إذ هي المقصودُ غالباً، ويَذْكُرُ في القيمةِ شيئاً مُعيَّناً في قَدْرِهِ ووصفِهِ وجِنْسِهِ نَفْياً للجَهالة؛ لما بيّنّا، وإن كان حَيْواناً يَذْكرُ الذُّكورةَ أو الأُنوثة.

(وإن كان عَقاراً ذَكَرَ حدودَه الأَربعة وأَسماء أصحابها ونَسَبَهُم إلى الجَدِّ وذَكَرَ المَحَلَّةَ والبَلَدَ)؛ لأنّ العَقارَ لا يُمكن إحضارُه فتعذَّرَ تعريفُه بالإشارة، فيُعَرَّف بالحدود، ويبدأ بذكر البَلدة؛ لأنّه أعمّ ثمّ بالمحلّة التي فيها العقار، ثمّ يُبيّن الحدود؛ لأنّ التّعريف يقع بذلك.

ولا بدّ من ذكر أصحابها وأسماء آبائهم وأجدادِهم؛ لأنّه أبلغُ في التَّعريف.

وفي ذكر الجَدّ خلاف أبي يوسف رضي الله عنه، وقد تَقَدَّم.

وإن كان الرَّجلُ مَشهوراً لا يحتاج إلى ذكر النَّسب؛ لوجود التَّعريف بدونه.

وكذلك يجب على الشُّهود ذكر الحدود، كما مرّ.

قال: (**ثمّ يَذْكُر أنّه في يدِ المدَّعى عليه، وأنّه يُطالبه به**)؛ لأنّه إذا لم يَكُن في يدِه لا يكون خَصماً، والحقُّ له فلا يُستوفي إلا بطلبِهِ، ولأنّه يحتمل أنّه في يدِه رَهْناً أو محْبوساً بالثَّمن، فإذا طالبَه زال الاحتمال، ولا يثبتُ كونُه في يدِه إلا ببيّنةٍ أو علمِ القاضي، ولا يثبتُ بتصادقهما نفياً لتهمةِ المُواضعة؛ لجَواز أنّه في يدِ غيره، بخلاف المَنقول؛ لأنّ اليدَ فيه مشاهدةٌ.

قال: (**وإذا صَحَّت الدَّعوى سأل القاضي المُدَّعى عليه**)؛ لينكشف وجه الحُكم، ولوجوبِ الجَواب عليه، (**فإن اعترفَ، أو أقام المدّعِي بيّنةً قَضَى عليه**).

أمّا الاعتراف؛ فلأنّه لا تُهمةَ فيه، قال تعالى: {بَلِ الإِنسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ} [القيامة: ١٤]: أي شاهدٌ.

وأمّا البَيّنةُ؛ فلأنّها مُشتقةٌ من البَيان، وهو الإظهارُ، فهي تُظهر الحقَّ وتَكشفُ صِدقَ الدَّعوى فيقضي بها، وعلى هذا إجماعُ المسلمين.

قال: **(وإلا يُسْتَحْلَفُ)**؛ لقوله ﷺ: «ألك بيّنة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه»[1].

ولا بُدّ من طلبِ المدَّعِي استحلافه؛ لأنّها حقُّه بالإضافةِ إليه.

(فإن حَلَفَ انقطعت الخُصومة)؛ لقوله ﷺ: «ليس لك غير ذلك»[2]، فيما روينا من الحديث.

قال: **(إلا أن تقوم البيِّنة)، فتُقْبَلُ**، قال ﷺ: «اليمينُ الفاجرةُ أحقُّ أن تردّ من البَيِّنةِ العادلة»[3]؛ ولأنّ طَلَبَ اليَمين لا يدلُّ على عدمِ البَيِّنة؛ لاحتمال أنّها

---

(١) سبقه تخريج حديث وائل رضي الله عنه، قال ﷺ للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه» في صحيح مسلم١: ١٢٣.
وعن عبد الله رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله وهو عليه غضبان، قال الأشعث: فيَّ والله كان ذلك، كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني، فَقَدَّمْتُهُ إلى النبيّ ﷺ، فقال لي رسول الله ﷺ: ألك بيّنة؟ قلت: لا، قال: فقال لليهودي: احلف، قال: قلت يا رسول الله: إذاً يحلف ويذهب بمالي، فأنزل الله جل جلاله: {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا} آل عمران: ٧٧إلى آخر الآية» في صحيح البُخاري٢: ٩٤٨

(٢) في تتمة حديث وائل رضي الله عنه السابق: «قال: يا رسول الله، إنَّ الرجلَ فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورّع من شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك» في صحيح مسلم١: ١٢٣.

(٣) في صحيح البخاري معلقاً٣: ١٨٠: «وقال النبي ﷺ: «لعل بعضكم ألحن بحجته من بعض»، وقال طاوس وإبراهيم وشريح: «البينة العادلة أحقُّ من اليمين الفاجرة».

غائبةٌ أو حاضرةٌ في البلد ولم يُحْضِرها، ولأنّ اليَمينَ بدلٌّ عن البَيِّنة، وإذا قَدِر على الأَصلِ بَطَلَ حُكْمُ الخَلَف.

قال: (**وإن نَكَلَ يَقْضِي عليه بالنُّكول**)[1]؛ لأنّ النُّكولَ اعترافٌ، وإلا يحلف دفعاً للضَّرر عنه وقطعاً للخُصومة، فكان نكولُه إقراراً أو بدلاً فيقضي به.

(**فإن قَضَى عليه أول ما نَكَلَ جاز**)؛ لأنّه حُجّةٌ كالإقرار، (**والأولى أن يَعرضَ عليه اليَمين ثلاثاً**)، ويُخبرُه أنّ من مذهبِهِ القَضاء بالنُّكول؛ لأنّه فَصْلٌ مجتهدٌ فيه، فرُبَّما يخفى عليه حكمُه، فإذا عَرَضَ عليه ثلاثاً وأَبى قَضَى عليه،

وعن شريح قال: «مَن ادَّعى قضائي فهو عليه حتى يأتي ببينة، الحقُّ أحقُّ من قضائي، الحقُّ أحقُّ من يمين فاجرة» في سنن البيهقي الكبير١٠: ٣٠٧، ومسند ابن الجعد١: ٣١٧.

وذكر ابنُ حبيب في «الواضحة» بإسناد له عن عمر ﵁ قال: «البيِّنة العادلة خير من اليمين الفاجرة»، كما في فتح الباري٥: ٢٨٨.

(١) فعن عبد الله بن عوف من أهل فلسطين: «أَمَرت امرأةٌ وليدةً لها أن تضطجع عند زوجها، فحسب أنَّها جاريته، فوقع عليها وهو لا يشعر، فقال عثمان بن عفان ﵁: أحلفوه لَمَا شعر، فإن أبى أن يحلف فارجموه، وإن حلف فاجلدوه مائة جلدة، واجلدوا امرأته مائة جلدة، واجلدوا الوليدة الحد» في شرح مشكل الآثار ١٥: ١٧٧، وقال الطحاوي: «ففي هذا الحديث حَكَمَ عثمان ﵁ لإبائه الحلف بحكم الإقرار، ولا نعلم عن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ خلافاً منهم إياه في ذلك، ولا إنكاراً منهم إياه عليه، وفي ذلك شد ما وصفنا».

هكذا فعله أبو يوسف ﵁ مع وكيلِ الخليفة وأَلْزمه بالمال، وإن قال بعد النُّكول: أنا أحلف، إن كان قبل القَضاء حلَّفَه؛ لكونه مُختلفاً فيه، وإن كان بعد القَضاء لم يُحَلِّفْهُ؛ لأنّ النُّكول بمنزلة الإقرار، ولو أَقَرَّ ثمّ قال: أَحْلِفُ لا يُسْمَعُ منه، كذا هذا.

(**ويثبتُ النُّكول بقوله: لا أَحلف**)؛ لأنّه صريح فيه، (**وبالسُّكوت**)؛ لأنّه لا دلالةَ عليه، وإلا يحلفُ (**إلا أن يكون به خَرَسٌ أو طَرَشٌ**)، فيُعْذَرُ.

قال: (**ولا تُرَدُّ اليَمين على المُدَّعي**)؛ لقوله ﷺ: «البيِّنةُ على المدِّعي، واليَمين على المدَّعى عليه»[1]، جَعَلَ جنس اليمين على المدّعى عليه؛ لأنّه ذكره بالألف واللام، وذلك يَنْفي رَدَّها على المدّعي، ولأنّه قسمةٌ، والقِسمةُ تُنافي الشَّركة، فلا يكون للمَدَّعِي يمينٌ.

ويَلزمُ من هذا عدمُ جواز القضاء بالشّاهد واليَمين؛ لأنّ ما رَوينا يَنْفي أنّ يكون للمُدَّعِي يمينٌ معتبرة، فيبقى القضاءُ بشاهدٍ فردٍ، وأنّه خلاف الإجماع، وكذا قوله ﷺ في حديث الحَضْرمي: «ألك بَيِّنةٌ؟ قال: لا، قال: لك يمينُه ليس لك غير ذلك»[2]، ينفي الجَواز أيضاً؛ لأنّه غيرُ المشار إليه في الحديث.

---

(١) سبق تخريجه في أول كتاب الدعوى.

(٢) سبقه تخريجه قبل أسطر.

وما رُوي «أنّه ﷺ قَضَىٰ بشاهدٍ ويمين»[١]، فمردودٌ لوجوه:

أحدُها: أنّه مخالفٌ للكتاب؛ لأنّه تعالىٰ أوجب الحقّ للمُدَّعِي بشهادةِ رجلين، ونَقَلَه عند عدمهما إلىٰ شهادةِ رجلٍ وامرأتين، فالنُّقل إلىٰ غيرِه خلاف الكتاب، أو نقول الزِّيادة عليه خلافُ الكتاب.

الثَّاني: أنّه وَرَدَ في حادثةٍ عامّةٍ مختلفةٍ بين السَّلف، فلو كان ثابتاً لارتفع الخلاف، فلمّا لم يرتفع دلّ علىٰ عدم ثبوتِه.

الثَّالث: أنّه خبرُ آحاد، وقوله ﷺ: «البيّنة علىٰ المدعي» مشهورٌ قريبٌ من التَّواتر فلا يُعارضه؛ لأنّ خبرَ الآحاد إذا وَرَدَ مُعارضاً للخبر المشهور يُرَدُّ.

الرَّابع: رَدَّه أئمةُ الحديث: كيحيىٰ بن معين[٢] وغيره[٣].

---

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنه: «إن رسول الله ﷺ قضىٰ باليمين مع الشاهد» في صحيح البخاري ٢: ٩٤٩، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٩٣، ومسند أحمد ١: ٣١٨، والموطأ ٢: ٧٢١.

(٢) قال الدوري في تاريخ يحيىٰ عنه: ليس هذ الحديث بمحفوظ، كما في الإخبار٢: ٢٣٥.

(٣) وهذا الحديث أَنكره المروي عنه حديث ربيعة بن عبد الرَّحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبي ﷺ: «قضىٰ بشاهد ويمين»، فإنَّ عبدَ العزيز بن محمد الدراوردي قال: لقيت سهيلاً فسألته عن رواية ربيعة عنه هذا الحديث فلم يعرفه، وكان يقول بعد ذلك: حدثني ربيعة عنّي، فأَصحابُنا لم يقبلوا هذا الحديث؛ لانقطاعه بإنكار، كما في كشف الأسرار للبخاري٣: ٦١.

الخامس: ما رُوِي عن معمر قال: سمعت الزُّهْريَّ يقول: «القضاء بالشّاهد واليمين بدعة»، وأوّل مَن قضى به معاوية رضي الله عنه [١].

قال: (**وإن قال: لي بيّنةٌ حاضرةٌ في المصر وطَلَبَ يمينَ خَصْمِه لم يُسْتَحلف**) عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقالا: يُسْتَحلَفُ؛ لأنّ اليَمينَ حقُّه، فلا يبطل إلا بإقامة البَيِّنة لا بالقُدرة عليها، واعترافُه بالبَيِّنة لا يكون اعترافاً بسقوطِ اليَمين.

وله: قولُه صلى الله عليه وسلم: «ألك بَيِّنةٌ؟ قال: لا، قال: فَلَكَ يمينُه» [٢]، رَتَّبَ اليمينَ على عدم البيِّنة فلا يجب مع وجودِها، ولأنّا أَجْمعنا على أنّه لو قامت البَيِّنة سَقَطَتْ اليَمين، حتى لو قال المدَّعَى عليه: أنا أحلف لا يُلتفتُ إليه، وإذا كانت اليمين لا يثبتُ حكمها مع البَيِّنة، فإذا اعترف بالبَيِّنة وأنّه قادرٌ على إقامتِها فقد اعترفَ أنّه لا يَمينَ على المدَّعَى عليه.

قال: (**ويَأخُذُ منه كَفيلاً بنفسِهِ ثلاثةَ أَيّام**)، ويُجيبُه القاضي إلى ذلك استحساناً؛ لاحتمال أنّه يَغيب قَبْلَ إقامةِ البَيِّنةِ.

---

(١) صحّ عن الزُّهري، قال: «هي بدعةٌ وأوّل مَن قضى بها معاوية» في ابن أبي شيبة، وهذا السند على شرط مسلم، وفي مصنف عبد الرزاق عن معمر سألت الزهري عن اليمين مع الشاهد فقال: هذا شئ أحدثه الناس لا بُدّ من شاهدين، كما في الجوهر النقي ١٠: ١٧٥.

(٢) سبق تخريجه قبل صفحات.

وكذا لو أَقامَ البَيِّنةَ قَبلَ القَضاء؛ لاحتمال أنّه يَغيبُ قَبلَ القَضاء، فيَتَعَذَّرُ القَضاء.

فيكفَلُه مدّةَ إحضار الشُّهود على ما يُروى عن أبي يوسف ﵁، وعن أبي حنيفة ﵁ ثلاثةَ أيّام، ألا ترى أنّه بمُجَرَّدِ الدَّعوى عند القاضي يُعْدِيهِ[1] إحياءً للحُقوق كذا هذا.

ويَكْتَفي بالكَفيل أن يكون مَعروفاً؛ ليحصل التَّوَثُّق، ولا يُشْتَرُط كونه مَلِيّاً أو تاجراً، فإن امتنعَ أن يُعْطِيَه كَفيلاً أَمَره القاضي بالملازمةِ على الوَجْه الذي ذَكَرْنا في أَدَب القاضي.

(وإن كان غَريباً يُلازمه مقدارَ مجلسِ القاضي)؛ لأنّ ملازمتَه أكثر من ذلك تَضُرُّه وتمنعُه من سَفَره من غير حُجّة، بخلاف المُقيم؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك، وهذا إذا كان حَقّاً لا يَسقط بالشُّبهة.

أمّا الحدودُ والقِصاصُ في النَّفس فلا يأخذ منه كَفيلاً.

وقالا: يأخذ منه كَفيلاً في حَدّ القَذْف، وفي السَّرقة إن ادّعى المال.

قال: **(ولا يُسْتَحْلَفُ في النّكاح والرَّجعة والفَيء في الإيلاء والرِّق والاستيلادِ والنَّسب والوَلاء والحُدود)**.

---

(١) أَيْ يَسْمَعُ كَلَامَهُ وَيَأْمُرُ بِإِحْضَارِ خَصْمِهِ، كما في المغرب١: ٣٠٧.

وقالا: يُسْتَحْلَفُ فيها إلا الحدود واللِّعان، وهذا بناءً على أنّ النُّكولَ بذلٌ عنده، والبَذْلُ لا يجري في هذه الأَشياء، إقرارٌ عندهما، والإقرارُ يجري فيها.

لهما: أنّ النّاكلَ ممتنعٌ عن اليَمين الكاذبة ظاهراً، فيَصير مُعترفاً بالمدَّعَي دلالةً، إلا أنّه إقرارٌ فيه شُبهةٌ، والحُدُود تَنْدَرئ بالشُّبهات، واللِّعان في مَعْنى الحُدُود.

وله: أنا لو اعتبرناه إقراراً يكون كاذباً في إنكارِه، والكَذبُ حَرامٌ، ولو جَعلناه بذلاً وإباحةً لا يكون كاذباً، فيُجعل باذلاً صِيانة له عن الحَرام، والمقصودُ من الاستحلاف القَضاء بالنُّكول، فكلُّ مَوْضعٍ لا يُقضى فيه بالنُّكول لا يَسْتَحْلَفُ.

ويُسْتَحْلَفُ في السَّرقةِ إن ادَّعى المال، فيُحَلِّفُه بالله ما له عليه هذا المال، ولا شيءٌ منه، فإن نَكَلَ ضَمَّنه المال؛ لثبوتِهِ مع الشُّبهة، ولا يُقْطعُ؛ لأنّ الحدَّ لا يَثْبُتُ مع الشُّبهة.

ودَعْوى الاستيلاد: أن تدَّعي الأَمةُ أنّها أُمّ ولدِ سيِّدِها، وهذا ابنُها منه، والمولى يُنكر، أما لو اطّدّعى المولى لا يُلْتَفتُ إلى إنكارها؛ لأنّ الاستيلادَ والنَّسبَ يثبتُ بمجردِ قولِه.

واختار الفقيه أبو الليث رضي الله عنه الفتوى على قولهما[1]؛ لعموم البَلْوى.

ثمّ عندهما كلُّ نَسبٍ يَثْبُتُ من غير دَعوى المال: كالبُنُوَّةِ والزَّوجيّةِ والمملوكيّةِ يُسْتَحْلَفُ عليه، وكلُّ نَسَبٍ لو أَقرَّ به لا يثبتُ إلا بدَعوى المال كالأخ والعمِّ لا يُسْتَحْلَفُ إلا إذا ادَّعى بسببِهِ مالاً أو حَقّاً: كدَعَوى الإرثِ وعدم الرُّجوع في الهبةِ ونحوه.

قال: (**ويُسْتَحْلَفُ في القِصاص**) بالإجماع، (**فإن نَكَلَ اقتصَّ منه في الأَطراف وفي النُّفوس يُحْبَسُ حتى يَحْلِفَ أو يُقِرَّ**).

---

(١) قال القاضي فخر الدين: الفتوى على أنَّه يستحلف في الأشياء الست، كما في الكنز٤: ٢٩٧؛ لعموم البلوى، ثم ذكر الفيء في الإيلاء والرجعة، وقال في الفتاوى الكبرى: وعليه الفتوى، وهو مختار أبي الليث، وكذا قال في التتمة: «اختار الفقيه أبو اليث قولهما، وكذلك الصدر الشهيد اختار قولهما، وقال في الخلاصة: قال الفقيه أبو الليث رضي الله عنه: الفتوى على قولهما، وقال في مختارات النوازل: الاستحلاف يجري في النكاح عندهما، وهو المختار للفتوى، وقال الإمام أبو القاسم الزوزني في شرح المنظومة: ذكر القاضي الإمام فخر الدين المشهور بقاضي خان في كتاب القضاء في باب القضاء في الأيمان، أنَّ المنكر يستحلف في الأشياء الستة عندهما، فإذا نكل يحبس حتى يقرّ أو يحلف، والفتوى على هذا، قال الزوزني: وبه كنت أعمل بالري وبأصبهان، واعتمده الزيلعي، واختار فخر الإسلام علي البزدويّ قولهما للفتوى، واختيار المتأخرين من مشايخنا: أنَّ القاضي ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلّفه أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلّفه أخذاً بقول أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو نظير ما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم، كما في التصحيح ص٤٢٧-٤٢٨.

وقالا: يَلزمُه الأَرْشُ فيهما؛ لأنّ النُّكولَ إقرارٌ فيه شبهةُ العَدَم، فلا يثبتُ منه القِصاص، فيجب المالُ سيما إذا ادّعى الوليُّ العَمدَ والآخرُ الخطأ.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ الأطرافَ تجري مجرى الأموال، فيَجري فيها البَذْل حتى لو قال لغيره: اقطع يدي فقطعها لا شيءَ عليه، وهذا دليلُ البَذْل، إلا أنّه لا يُباح له القَطع؛ لأنّه لا فائدةَ له فيه، والبَذلُ هنا مُفيدٌ لانقطاع الخُصُومة.

ولا كذلك النَّفس فلا يجري فيها البَذْل، وإذا امتنع القِصاص في النَّفْس، واليَمينُ مُسْتَحَقّةٌ عليه يحبسَ بها كما في القَسامة.

قال: (**وإن ادَّعَت عليه طَلاقاً قبلَ الدُّخول اسْتُحْلِفَ**)؛ لأنّه دعوى مال، (**فإن نَكَلَ قَضَي عليه بنصف المَهر**)؛ لما مَرّ.

وكذا إذا ادَّعت الصَّدَاق في النّكاح يُسْتَحْلَفُ؛ لأنّها دَعوى مال، ويَثْبُتُ المالُ بالنُّكول دون النّكاح، وقد مَرّ.

(**واليَمينُ باللهِ تعالى لا غَيْر**)، قال ﷺ: «مَن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»[1].

(**وتُغلَّظُ بأَوصافِهِ إن شاء القاضي**).

---

(١) فعن ابن عمر ﵄، قال ﷺ: «من كان حالفا، فليحلف بالله أو ليصمت» في صحيح البخاري٣: ١٨٠، وصحيح مسلم٢: ١٢٦٧.

وقيل: يختلفُ ذلك باختلافِ حالِ الحالِف وصلاحِهِ وخوفِهِ وقلّةِ مبالاتِهِ وغير ذلك.

وقيل: يختلفُ بكثرةِ المال وقلَّتِه، وينبغي للقاضي أن يَعِظَ الحالفَ قبل الحلف، ويُعْظِّم عنده حرمةَ اليَمين.

ويتلو عليه قوله تعالى: {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً} [آل عمران: ٧٧] الآية، ويذكر له قوله ﷺ: «مَن حَلَفَ على يمين صبر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى، وهو عليه غضبان»[١].

وتغليظُ اليَمين أن يَقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشَّهادة الرَّحمن الرَّحيم، الطَّالب الغَالب، المُدرك المُهلك، الذي يَعْلَمُ من السِّرَّ ما يَعْلَمُ من العَلانية، الكبيرُ المُتعال، ويَزيدُ عليه ما يَشاء ويُنْقِصُ.

(**ويَحْتاطُ من التِّكرار**) بإدخال الحُروف العاطفة بين هذه الأسماء، فإن المُستَحَقّ عليه يمينٌ واحدةٌ.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن حَلَفَ على يمين يَقْتَطِعُ بها مالَ امرئ مسلم، هو عليها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان» فأنزل الله تعالى: {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً} [آل عمران: ٧٧] الآية، فجاء الأشعث، فقال: ما حدثكم أبو عبد الرحمن في أنزلت هذه الآية، كانت لي بئر في أرض ابن عم لي، فقال لي: «شهودك»، قلت: ما لي شهود، قال: «فيمينه»، قلت: يا رسول الله، إذا يحلف، فذكر النبي ﷺ هذا الحديث، فأنزل الله ذلك تصديقا له» في صحيح البخاري٣: ١١٠.

(ولا تُغَلَّظُ بزمانٍ ولا مَكانٍ)؛ لأنّ تعظيمَ المُقْسَمُ به حاصلٌ في كلِّ زمانٍ ومكانٍ، وهو المقصود.

ولا يُسْتَحلَفُ بالطَّلاق ولا بالعِتاق؛ للحَديث[1].

وقيل[2]: يحلفُ في زَماننا لقلَّة مُبالاة النّاس باليَمينِ الكاذبةِ وكثرةِ إقدامِهم على ذلك، وكَراهتِهم اليَمين بالطَّلاق والعِتاق؛ لأنّ المقصودَ امتناعُهم عن اليَمين الكاذبة، وجحودِ الحقّ، وذلك فيما يُعَظِّمونَه أكثَرُ.

قال: **(ويُسْتَحْلَفُ اليَهوديُّ بالله الذي أَنْزل التَّوراة على موسى عليه السلام، والنَّصْرانُّي باللهِ الذي أَنزلَ الإنجيلَ عَلى عيسى عليه السلام، والمَجوسيُّ بالله الذي خَلَقَ النّار)**.

والأصلُ في ذلك ما رُوي أنّه ﷺ «حَلَّف ابن صوريا اليَهودي على حكم الزِّنا في التَّوراة فقال له: أُنْشُدُك بالله الذي أَنْزَلَ التَّوراة على موسى»[3].

---

(١) أي لحديث: «من كان حالفا، فليحلف بالله أو ليصمت» في صحيح البخاري٣: ١٨٠

(٢) الصَّحيحُ ظاهر الرِّواية، «قاضي خان»، وفي «الذخيرة»: التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا، وأجازه البعض، فيُفتى بأنَّه يجوز إن مسَّته الضرورة، كما في فتح القدير٨: ١٩٦.

(٣) فعن جابر رضي الله عنه، قال: «جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا، فقال ﷺ: ائتوني بأعلم رجلين منكم، فأتوه بابني صوريا، فنشدهما: كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالا: نجد في التوراة إذا شهد أربعةٌ أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما،

وإذا ثَبَتَ هذا في اليَهودي، فالنَّصرانيُّ مثلُه في الإنجيل، والمَجوسيُّ في النَّار؛ لأنّ النَّصرانيَّ يُعظِّمُ الإنجيل، والمَجوسيُّ يعظّمُ النَّار كتعظيم اليَهوديِّ التَّوراة، فيُحَلِّفُهم بما يكون أعظم في صُدورهم، والمذكور في المَجوسيّ قولُ مُحمَّدٍ رضي الله عنه[1].

أمّا عندهما: يَحلف باللهِ لا غير؛ لأنّ التَّغليظَ بغير الله تعالى لا يجوز، ولأنَّ ذكرَ النَّار مع ذكرِ الله تعالى تعظيمٌ لها، ولا يجوز، إلا أنّ اليَهوديَّ والنَّصرانيَّ وَرَدَ فيهما نَصٌّ خاصٌّ، ولأنّ كُتُبَ الله تعالى مُعظَّمةٌ.

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه لا يُحَلِّفُ أحدٌ إلا باللهِ خالصاً.

(و) يُحَلَّفُ **(الوَثَنيُّ بالله)**؛ لأنَّهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى: {وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللهُ} [لقمان: ٢٥].

قال: فما يمنعكما أن ترجموهما؟ قالا: ذهب سلطاننا، فكرهنا القتل، فدعا رسول الله ﷺ بالشهود، فجاءوا بأربعة، فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمر رسول الله ﷺ برجمهما» في سنن أبي داود٤: ١٥٦، وشرح مشكل الآثار١١: ٤٥٠.
وعن أبي هريرة رضي الله عنه إنَّ رسول الله ﷺ، قال لليهود: «وأُنشدكم بالله الذي أَنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على مَن زنى؟» في سنن أبي داود٣: ٣١٢، واللفظ له، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٨٠، وصحيح البخاري٣: ١٣٣٠، وصحيح مسلم ٣: ١٣٢٧.

(١) وهو ما اختاره عامة المتون كالقدوري والغرر٢: ٣٣٦، والكنز٧: ٢١٣، والتنوير٥: ٥٥٦، وغيرها.

ولا يُسْتَحْلَفُ بالله الذي خَلَقَ الوَثَن والصَّنم[1]؛ لما مَرّ.

ولو اقتصر في الكُلِّ على قوله: بالله؛ فهو كافٍ؛ لأنّ الزّيادةَ للتَّأكيد كما قُلنا في المسلم، وإنّما يُغلَّظ؛ ليكون أعظم في قُلُوبهم، فلا يتجاسرون على اليَمين الكاذبة.

قال: (**ولا يُحَلَّفون في بيوتِ عباداتهم**)؛ لأنّ الغَرَضَ اليَمين بالله، ولأنّ ذلك يُشْعِرُ بتعظيمِها ولا يجوز، ولأنّ المُسْلِمَ ممنوعٌ من دخولها.

ويُسْتَحْلَفُ الأَخْرسُ فيقول له القاضي: عليك عَهْدُ الله إن كان لهذا عليك هذا الحقّ، ويُشيرُ الأَخْرسُ برأسه: أي نَعَم.

ثمّ الاستحلافُ على نوعين: على العُقُودِ الشَّرعيّة، والأفعال الحَسيَّة.

فالعُقُود الشَّرعيّة: يُحَلِّفُهُ القاضي على الحاصلِ: بالله ما له قِبَلَكَ ما ادَّعَى من الحقِّ، ولا يُحَلِّفُهُ على السَّبَبِ وهو العَقد؛ لأنّ العَقد رُبّما انفسخَ بالتَّفاسخِ أو بالبَراءةِ من موجَبِه بالإبراء والإيفاء، فيتضرَّر بذلك؛ لأنّه إن حَلَفَ كَذَبَ، وإن لم يَحْلِفْ قُضي عليه بالنُّكول.

ولا كذلك إذا حَلَّفَه على الحاصل؛ لأنّه إن كان مُحِقّاً أَمْكَنَهُ الحَلْفُ فلا يتضرَّر.

---

(١) لأنّه يقر بالله وإن عبد غيره، كما في الدر المختار ٥: ٥٥٦.

وقيل: إن أَنكر المدَّعى عليه السَّبب حَلَفَ عليه، وإن أَنْكَرَ الحُكمَ حلف على الحاصل، إلا أن يكون في ذلك تَرْكُ النَّظر للمُدَّعِي بأن يَدَّعي الشَّفعةَ بالجوار أو نفقة المبتوتة، والمدَّعى عليه لا يراها، فحينئذٍ يحلفه على السَّبب؛ لأنّه إذا حَلَفَ على الحاصل، فهو يعتقدُ صِدقَ يمينِه بناءً على اعتقادِه، فيبطل حقُّ المُدَّعِي، فيُحَلِّفُه بالله ما اشتريت هذه الدَّار التي سمَّاها بكذا.

وفي المبتوتةِ: باللهِ ما هي مُعْتَدَّةٌ منك.

ومثلُه إذا ادَّعت الفُرقةَ بمُضي مدّةِ الإيلاء يُحلِّفُه: بالله ما آلى منها في وقتِ كذا، ولا يُحلِّفُه: باللهِ ما هي بائنٌ منك؛ لأنّه لا يَرَى ذلكَ.

وعن أبي يوسف ﵁: أنّه يُحلِّفُه على العَقد، إلاّ إذا ذَكَرَ شيئاً ممَّا ذكرنا فيُحلِّفُه على الحاصل.

والأفعال الحسيّة نوعان:

أحدُها: يُسْتَحْلَفُ على الحاصل أيضاً: كالغَصب والسَّرقة.

والثَّاني: يُحلِّفُه على السَّببِ على ما نبيِّنُه في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى.

(فيحلِّفُه في البيع بالله: ما بينكما بيعٌ قائمٌ فيما ذَكَرَ، وفي النِّكاح: ما بَيْنَكما نكاحٌ قائمٌ في الحال)؛ لأنّه قد يُطلِّقُها أو يُخالعُها بعد العَقد، **(وفي الطَّلاق ما هي بائنٌ منك السَّاعة، وفي الوَديعة: ماله هذا الذي ادَّعاه في يدِك وديعةً ولا شيءٌ منه، ولا له قَبِلَكَ حَقٌّ)**؛ لجواز أن يكون قد بَرئ من بعضِها أو استهلكها، وفي الغَصْب والسَّرقة إن كانت العَيْنُ قائمةً باللهِ ما يستحقُّ عليك

رَدَّه؛ لأنّه قد يَغْصِبُهُ ثمّ يَمْلِكُهُ ببيع أو هبةٍ، وإن كانت هالكةً يُسْتَحْلَفُ على قيمتِها.

وقيل: يحلفُ على الثَّوبِ والقيمةِ جميعاً.

والنَّوع الثَّاني من الأفعال الحِسيّة: أن يدَّعي على غيره أنّه وضعَ على حائطه خشبةً، أو بَنَى عليه، أو أَجْرَى ميزاباً على سَطْحِهِ، أو في داره، أو رَمَى تُراباً في أرضِهِ، أو شَقَّ في أرضِهِ نَهَراً، فإنّه يحلف على السَّبب: باللهِ ما فعلتُ كذا؛ لأنّ هذه الأشياء لا تَرْتَفُعُ.

ومثله: إذا ادّعى العَبْدُ المسلمُ على مولاه العتقَ يُحَلَّفُ على السَّبب؛ لأنّه لا يَرْتَفِعُ، وفي الأمةِ والعبدِ الكافرِ يُحَلِّفُهُ على الحاصل؛ لأنّ الرّقَّ يَتَكَرَّر على الأمة بالرِّدّة واللَّحاق، وعلى العبدِ الكافر بنقض العَهْد واللَّحاق، ولا كذلك المُسلم.

ويُحَلِّفُهُ في الدِّين بالله ما له عَلَيك من الدَّين والقَرْض قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لاحتمال أنّه أدّى البعضَ أو أبرأه منه، فلا يحنث في يمينه على الجميع.

ومَن افْتَدَى يمينَه من خصمِهِ بمال صالحه عليه جاز، وسَقَطَ حَقُّه في الاستحلاف أصلاً، وقد روي أن عثمان رضي الله عنه افتدى يمينه، وقال: «أخاف أن يصيب النَّاس بلاء فيقولون: هذا بيمين عثمان»[١].

---

(١) فعن الشافعي قال: «وبلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: حلف على المنبر في خصومة كانت بينه وبين رجل، وأن عثمان رضي الله عنه، ردت عليه اليمين على المنبر فاتقاها وافتدى منها،

قال: (**وإذا قال: المُدَّعَى عليه هذا الشَّيء أَوْدَعَنِيه فلانٌ الغائب، أو رَهَنَه عندي، أو غَصَبْتُه منه، أو أَعارني، أو آجرني وأَقام على ذلك بَيِّنَةً فلا خصومة، إلا أن يكون مُحتالاً**)، ولا بُدّ من إقامةِ البَيِّنةِ على دعواه لدفعِ الخصومةِ؛ لأنّ بالنَّظر إلى كونِه في يدِه هو خَصْمٌ، ثمّ هو بإقرارِه يُريدُ دَفَعَ الخُصومة عنه، فلا تُقْبَلُ إلا ببيِّنةٍ.

وقوله: «إلا أن يكون محتالاً»؛ قول أبي يوسف ﵁ فإنّه قال: إن كان المدَّعَى عليه معروفاً بالصَّلاح، فالجوابُ كما ذكرنا، وإن كان مَعروفاً بالحيل لا يَنْدَفِعُ؛ لأنّ المُحْتالَ قد يَدْفَعُ ماله إلى غيره، ثمّ ذلك الغَير يُودِعُه إيّاه، ويُسافرُ احتيالاً لدفع الحقّ، فإذا عَرَفَه القاضي بذلك لا يَقْبَلُه.

(**وإذا قال الشُّهود: أَوْدَعُه رجلٌ لا نعرفه لم تَنْدَفعُ الخُصُومة**)؛ لاحتمال أنّه المدَّعِي، ولو قالوا: نَعْرِفُهُ بوجِهِ ولا نَعْرِفُ اسمَه ونسبَه اندفعت عند أبي حنيفة ﵁.

وقال مُحمّد ﵁: لا تَنْدَفعُ؛ لأنّ القَضاءَ بالمَجهولِ باطلٌ؛ لأنّ المدَّعِي لا يُمكنه اتباعُه فيَتَضَرَّرُ، وصار كالفَصْل الأوَّل.

وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال: بيمينه» في السنن الكبير للبيهقي١٠: ٢٩٧، ومعرفة السنن ١٤: ٣٠٠.

وعن أبي قلابة: «أن عمر بن عبد العزيز سأله عنه القسامة فذكرة الحديث وفيه: قصة القتيل من هذيل، قال: فأقسم تسعة وأربعون رجلاً، وفَدَى رجلٌ واحدٌ منهم بيميه بألف درهم» في صحيح البخاري٩: ٩.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ اليدَ تدلُّ علىٰ الملكِ وتوجِبُ الخُصومةَ، فإن أَثْبَتَ بالبَيَّنة كونُه مُودَعاً اندفعت الخُصومة عنه، إلا أنّهم إذا لم يعرفوه بوجههٍ احتمل أنّه المدَّعي فلا تَنْدَفِعُ، وإذا عرفوه بوجهِهِ ثَبَتَ أنّه مودِع من غير المدَّعي فاندفعت الخصومة، كما إذا عاين القاضي أنّه أودعَه غير المدَّعي؛ إذ البيِّنةُ العادلةُ كمُعاينة القاضي.

فإن قال المُدَّعِي: أَودعَها ثمّ وهبَها منك، وأَنْكَرَ يَسْتَحْلِفُه القاضي أنّه ما وَهَبَها منه ولا باعها له، فإن نَكَلَ صار خَصْماً.

ولو ادَّعىٰ المدَّعىٰ عليه: أنّه اشتراها من آخر فهو خَصْمُه؛ لأنّه أقرَّ أن يدَه يدُ ملك، فكان خَصْماً.

ولو قال المدَّعىٰ عليه: نصفُ الدَّار لي ونصفُها وديعةُ فلان، وأقام البَيِّنَةَ علىٰ ذلك اندفعت الخُصُومة في الكلِّ؛ لتعذُّر التَّمييز.

فصل

(**بيِّنةُ الخارج أَوْلى من بيِّنةِ ذِي اليد على مُطْلَقِ الملك**)؛ لأنّها أكثر إثباتاً؛ لأنّها تُثْبِتُ الملك للخارج وبَيِّنةُ ذي اليَد لا؛ لأنّ الملكَ ثابتٌ له باليَد ، وإذا كانت أكثرُ إثباتاً كانت أَقْوَىٰ.

قال: (**وإن أَقام الخارجُ البَيِّنَةَ على ملكٍ مؤرَّخ، وذو اليَد على ملكٍ أَسْبقَ منه تاريخاً فذو اليَد أَوْلى**)؛ لأنّ بيِّنتَه تُثْبِتُ الملكَ له وقتَ التَّاريخ، والخارجُ لا يَدَّعيه في ذلك الوَقت، وإذا ثَبَتَ الملك له ذلك الوقت، فلا يثبتُ

بعد ذلك لغيره إلا بالتَّلقي منه؛ إذ الأَصْلُ في الثَّابت دوامُه ، وكذا لو كانت في أَيديهما وأَقاما البَيِّنة علىٰ ما ذكرنا.

(ولو أَقاما البيِّنَةَ على النَّتاج أو على نَسْج ثَوْبٍ لا يَتكرَّر نسجُه فبيِّنةُ ذي اليَد أَوْلى)؛ لأنَّ ما قامت عليه بَيِّنَتُهُ لا تدلُّ عليه اليد، فتَعارضَتا فتَرَجَّحت بَيِّنةُ ذي اليَد باليَد.

وكذا كلُّ سببٍ لا يَتَكرَّر كغَزْل القُطْن وعَمَل الجُبْن واللِّبْدِ وجَزِّ الصُّوف وحَلْبِ اللَّبَن؛ لأنّه في معنىٰ النَّتاج.

وإن كانت يَتَكرَّر كالبِناء وزَرع الحُبوب ونسجِ الخَزِّ[1] ونحوه، فبَيِّنة الخَارج أَوْلىٰ، كما في الملك المُطْلَق.

وإن أَشْكَلَ قضي للخارج.

وإن تَنازعا في دابّة، وأَقاما البَيِّنة علىٰ النَّتاج وأَرّخا، فمَن وافقَه سنُّ الدّابّة فهو أَوْلىٰ، وإن أَشْكَلَ، فهي بينهما؛ لعدم الأَوْلويّة، وإن خالفَ سِنُّ الدَّابّة التَّاريخين تَهاتَرَتا، وتُركَت في يدِ من كانت في يدِه.

قال: **(وإن أَقام كلُّ واحدٍ البيِّنَةَ على الشِّراء من الآخر، ولا تاريخ لهما تَهاتَرَتا)**.

---

(١) الخَزّ: اسم دابّة ثم سُمي الثَّوب المتَّخذُ من وبَره خَزّاً، كما في المغرب١: ٢٥٣.

قال مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: يُقْضَى للخارج؛ لأنّه أَمْكَنَ العَمَلُ بالبَيِّنتين بأن باعَه الخارج وقَبَضَ، ثمَّ باعه ذو اليَد ولم يَقْبِضْ، ولا ينعكس؛ لعدم جَواز البَيْع قبل القَبْض وإن كان عقاراً عنده، والعَمَلُ بالبيّنتين واجبٌ ما أمكن؛ لأنّ البَيِّنةَ من الدَّلائل الشَّرعيّة.

وإن ذَكَرَت البيّنتان القبضَ عُمِل بهما ويكون لذي اليد، ويُجعل كأنّه مَن باع من الخارج وقبضها الخارج، ثمّ باعَها من ذي اليَد وقبضها ذو اليَد عملاً بالبَيِّنتين.

ولهما: أنّ شِراءَ كلِّ واحدٍ من الآخر اعترافٌ بكون الملك له، فكأنَّ البيِّنتين قامَتا على الاعترافين، وإنّه موجِبٌ للتَّهاتُرُ؛ لأنّه لا يُتصوَّر أن يكون كلُّ واحدٍ بائعاً ومُشترياً في حالةٍ واحدةٍ، ولا دلالَة على السَّبق ولا تَرْجيحَ، فيَتَعَذَّرُ القَضاء أصلاً.

ثمّ هذا شَيءٌ بَناه على أَصلِه، فإنّ عندهما يجوز بيعُ العَقار قَبْلَ القَبْض، فجازَ أن يكون الخارجُ اشتراه أَوَّلاً ثمَّ باعَه قَبْلَ القَبْض لذي اليَد، فيكون لذي اليد ومع الاحتمال لا يَثْبُتُ الملك.

وإن وَقَّتا، فإن كان الخارجُ أوّلاً قَضَى بهما ويكون لذي اليَد، وإن كان ذو اليَد أَوَّلاً قَضَى بهما أيضاً، والملك للخارج بالإجماع.

قال: (**وإن ادَّعيا نكاحَ امرأةٍ وأَقاما البيِّنة لم يَقْض لواحدٍ منهما**)؛ لتَعذُّر الاشتراك في النِّكاح ويرجع إلى تصديقِها، فمَن صَدَّقَته كان زوجُها؛ لأنّ

النِّكاح يثبتُ بتَصادق الزَّوجين، (**وإن وَقَّتا فهي للأَوَّل**) منهما؛ لأنّه ثَبَتَ في وقتٍ لا مُنازع له فيه، فتَرَجَّحت على الثَّانية.

قال: (**وإن ادَّعيا عَيْناً في يَد ثالثٍ وأقامَ كلٌّ واحدٍ منهما البِيِّنَةَ أنّها له قَضَى بها بينهما**)؛ لاستوائهما في السَّبب.

(**وإن ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما الشِّراء من صاحب اليَد وأَقام البيِّنة، فإن شاء كلَّ واحدٍ منهما أَخذ نصف العبد**) بنصفِ الثَّمن استوائهما في السَّبب (**وإن شاء تَرَكَ**)؛ لوجودِ العَيب بالشَّركة.

(**فإن تَرَكَ أحدُهما، فليس للآخر أخذُ جميعه**)؛ لأنّ بيعَ الكلِّ انفسخ بقضاء القاضي بالنَّصف، حتى لو فَعَلَ ذلك قَبْلَ القَضاء جاز؛ لأنّه لم يَنْفَسخُ بَيْعُه في الكلّ، (**وإن وقّتا فهو للأَوّل**)؛ لما بيَّنّا.

(**وإن وقَّت أحدُهما أو كان معه قبضٌ، فهو أَوْلى**)، أمّا الوَقْتُ فلأنّه ثَبَتَ ملكه فيه، وَوَقَعَ الشَّكُّ في ملكِ الآخر فيه، فلا يَثْبُتُ بالشَّكِّ، وأَمّا القَبْضُ؛ فلأنّهما استويا في الإثبات، فلا تَنْقُضُ اليَد الثّانية بالشَّكِّ، ولأنّ القَبْضَ دليلُ تقدُّم شرائه، فكان أَوْلى.

قال: (**وإن ادّعى أحدُهما شِراءً، والآخرُ هِبةً وقَبْضاً، أو صدقةً وقبضاً ولا تاريخ لهما، فالشِّراء أَوْلى**)؛ لأنّه يثبتُ بنفسِه، والهِبةُ والصَّدقةُ تفتقرُ إلى القبضِ فكان أسرع ثبوتاً، فكان أَوْلى، وإن ادّعى أُحدُهما بَيْعاً والآخرُ رَهْناً

فالبَيْع أَوْلىٰ؛ لأنّ البيعَ يُثْبِتُ الملك حقيقةً في الحال، والرَّهنُ إنّما يُثْبِتُه عند الهلاك تقديراً، وكذا الهِبة بعوض أَوْلىٰ من الرَّهن؛ لما بيّنّا.

(**وإن ادّعى الشِّراءَ وادَّعت أنّه تَزَوَّجَها عليه، فهما سَواء**) عند أبي يوسف ﵁؛ لأنّهما عقدا مُعاوضةً يثبتُ الملكُ فيها بنفس العَقد، ثمّ ترْجِعُ علىٰ الزَّوج بنصفِ القيمةِ.

وقال مُحمَّد ﵁: الشِّراء أَوْلىٰ، وعلىٰ الزَّوج القيمة عملاً بالبيِّنتين بتقديم الشِّراء؛ لأنّ التَّزويج علىٰ ملك الغير جائز، ثمّ تُرَدُّ القيمة عند تعذُّر التَّسليم.

قال: (**وإن أقامَ الخارجان البيِّنة على الملكِ والتَّاريخ، أو على الشِّراء من واحدٍ أو من اثنين**) غير ذي اليَد (**فأوّلُهما أَوْلى، وإن أرَّخَ أَحدُهما فهو له**)، وقد مَرّ.

قال: (**وإن تَنازعا في دابّةٍ أحدُهما راكبُها أو له عليها حملٌ فهو أولى**)؛ لأنّه تصرُّفٌ أظهر وأَدلّ علىٰ الملك، (**وكذلك إن كان راكباً في السَّرج والآخر رَديفُه، أو لابسَ القَميص والآخر مَتَعَلِّقٌ به**)؛ لما ذكرنا، ولو كانا راكبين في السَّرج، فهي بينهما لاستوائهما.

سَفِينةٌ فيها راكبٌ، والآخرُ مُتَمَسِّكٌ بسكانِها وآخر يُجَدِّفُ فيها، وآخر يَمُدُّها، فهي بينهم إلا المَدَّادَ لا شَيء له.

عبدٌ لرجل مُوسر على عُنُقِهِ بَدْرةٌ فيها عشرة آلاف درهم في دار رجل مُعْسر لا شيءَ له، فادَّعيا البَدْرة، قال مُحمّد ﷺ: هي للمُوسر بشهادةِ الظَّاهر.

وعن مُحمّد ﷺ: قطارُ إبلٍ على البَعير الأَوَّل راكبٌ، وعلى الوسط راكبٌ، وعلى آخرها راكبٌ، فادَّعى كلُّ واحدٍ منهم القِطار، فلكلٍّ واحدٍ البَعير الذي هو راكبُه؛ لأنّه في يَدِه وتَصرُّفه، وما بين الأوّل والأَوسط للأوّل؛ لأنّه قائدٌ، والقيادةُ تصرُّفٌ، وما بين الأَوْسط والأَخير بين الأول والأوسط نصفان لاستوائهما في التَّصرُّف، وليس للأخير إلا ما ركبه.

(**وبَيِّنَةُ النَّتاجِ والنَّسجِ أولى من بيّنةِ مطلقِ الملك**)؛ لأنّها تثبت أَوّليّة الملك، فلا تثبت لغيره إلا بالتَّلَقِّي منه.

قال: (**والبَيِّنَةُ بشاهدين وبثلاثٍ وأكثر سواءٌ**)؛ لأنَّ الشَّرعَ جَعَلَ الكلَّ سواء في إثبات الحقّ، وإلزام القاضي الحكم عند الانفراد، فيَسْتَويان عند الاجتماع.

وكذا إذا كانت إحدى البيِّنتين أَعْدَل؛ لأنّ الشَّرْطَ أصلُ العَدالة، وقد استويا فيه، ولا اعتبار بما زاد؛ لأنّه لا ضابطَ له.

فَصْلٌ

(**اختلفا في الثَّمَن أو المَبيع، فأيُّهما أَقام البَيِّنة فهو أَوْلى**)؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ، وقد تَرَجَّحت دَعْواه بالبَيِّنة.

(وإن أقاما البيِّنة، فالمُثْبِتةُ للزِّيادة أَوْلى)؛ لأنّ البيِّنات للإثباتِ، فَمَهما كانت أكثرُ إثباتاً كانت أَقْوىٰ، فتترجَّح علىٰ الأُخرىٰ.

وإن كان الاختلافُ في الثَّمن والمبيع جميعاً، فبيِّنةُ البائع في الثَّمن أَوْلىٰ؛ لأنّها أكثرُ إثباتاً، وبَيِّنةُ المُشتري في المَبيع أَوْلىٰ؛ لأَنَّها أكثرُ إثباتاً.

(فإن لم تكن لهما بيِّنةٌ يُقال للبائع: إمّا أن تُسلِّم ما ادَّعاه المُشتري من البَيْع وإلا فسخنا البَيْع، ويُقال للمُشتري: إمّا أن تُسلِّم ما ادّعاه البائع من الثَّمن، وإلا فسخنا البَيْع)؛ لأنّهما قد لا يَخْتاران الفَسْخ، فإذا عَلِما بذلك تَراضيا، فتَرْتَفِعُ المُنازعة، وهو المقصود.

(فإن لم يَتَراضيا يَتَحالفان ويُفْسَخُ البَيْع)، ويُحلِّف الحاكمُ كلَّ واحدٍ منهما علىٰ دَعْوَىٰ صاحبه، قال ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان والسِّلْعةُ قائمةٌ تحالفا وترادّا»[1]، فيَحْلِفُ البائعُ: بالله ما باعه بألفٍ كما يَدَّعيه المُشتري،

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنَّما عند الحاكم من حديث محمّد بن الأشعث أنَّ ابن مسعود رضي الله عنه باعَ لأشعث رقيقاً بعشرينَ ألف درهم، فأرسل في ثمنهم، فقال: إنَّما أخذتهم بعشرة الآف، فقال عبد الله: إنّ شئت حدّثتك بحديثٍ سمعته من رسول الله ﷺ، سمعته يقول: «إذا اختلفَ المتبايعان ليس بينهما بيّنة، فالقول ما يقولُ ربّ السلعة، أو يتتاركان»، قال الحاكم: صحيح، وأعلّ بالانقطاع بين محمّد وابن مسعود رضي الله عنه، وأخرجه أبو داود وابن ماجه: «إذا اختلفَ البيعان وليس بينهما بيّنة والبيعُ قائمٌ بعينه، فالقول ما قال البائع، أو يترادّان البيع»، ورواه أحمد والدارميّ والبزَّار، وفي لفظ بعضهم: «والسلعةُ قائمةٌ بعينها»، وأخرجه النسائيّ بلفظ: «حضرتُ رسولَ الله ﷺ،

ويَحْلِفُ المُشتري: بالله ما اشتراه بألفين كما ادَّعاه البائعُ، فإذا تحالفا، قال لهما القاضي: ما تريدان؟ فإن لم يَطلبا الفَسخ تَرَكَهما حتى يَصْطَلِحا على شيءٍ، وإن طَلَبا الفَسْخَ أو أحدُهما فَسَخَ؛ لأنّه لَمَّا لم يَتَعَيَّنْ الثَّمن ولا المَبيع صار مجهولاً، فيُفْسَخُ قطعاً للمُنازعة، ولا يَنْفَسِخُ بنفس التَّحالف، حتى يَتَفاسخا أو يَفْسَخَ القاضي.

قال: (**ويَبْدأُ بيمين البائع**)[1] في قول أبي يوسف رضي الله عنه **الأوَّل**، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رضي الله عنه، قال ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقولُ ما قاله البائع»[2]،

وقد أتى في مثل هذا، فأمرَ البائع أن يستحلفَ ثمَّ يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك»، كما في تخريج أحاديث البزدوي لابن قطلوبغا ص٢٧٨.

(١) في القدوري: يبدأ بيمين المشتري، وصححه في الجوهرة٤: ٩٦٩، والهداية٨: ٢٠٨؛ لأنَّ المشتري أَشدُّهما إنكاراً؛ لأنَّه يُطالَب أوّلاً بالثمن؛ ولأنَّه يتعجّل فائدة النكول، وهو إلزام الثمن، ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن، كما في الهداية٨: ٢٠٨، فالمشتري لَمَّا كان مطالَباً أوّلاً بالثمن كان منكراً للشيئين أصل الوجوب ووجوب الأداء في الحال، فكان أشدّ إنكاراً، كما في فتح القدير٨: ٢٠٨.

(٢) فعن ابن مسعود رضي الله عنه، قال ﷺ: «إذا اختلف البيعان ، فالقول ما قال البائع ، والمبتاع بالخيار» في مسند أحمد٢: ١، وحسَّنه الأرنؤوط، وفي لفظ: «أيما بيعين تبايعا، فالقول ما قال البائع أو يترادّان» في الموطأ٢: ٦٧٢، وفي لفظ: «البيعان إذا اختلفا والمبيعُ قائمٌ بعينه وليس بينهما بيِّنةٌ، فالقولُ ما قال البائع أو يترادّان البيع» في سنن الدارمي٢: ٣٢٥، وسنن الدارقطني٣: ٢٠، والمعجم الكبير١٠: ١٧٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٣٣، ومسند أبي حنيفة ١: ٥٩٠.

وأقلُّ فائدتِه تقديمُ قوله، وقولُهُ الآخرُ، وهو قولُ مُحمّد ﷺ، ورواية عن أبي حنيفة ﷺ يبدأ بيمين المشتري؛ لأنّ البائعَ يُطالبه بتسليم الثَّمن أَوَّلاً، وهو يُنْكِرُ، وهو لا يُطالبُ البائع بتسليم المبيع للحال.

قال: (**ولو كان البيع مقايضةً**) أو صَرْفاً (**بدأ بأيّهما شاء**)؛ لاستوائهما في الإنكار.

ولو اختلفا في المَبيع يَبْدأُ بيمين البائع؛ لأنّه أشدُّهما إنكاراً.

ولو اختلفا في الثَّمن والمَبيع جميعاً يَبْدأ بيمين مَن بَدأ الدَّعوى؛ لأنّهما استويا في الإنكار، فيترجَّح بالبداية.

وإن ادَّعيا معاً يَبدأ القاضي بأيّهما شاء، وإن شاء أَقْرَعَ بينهما.

ولو اختلفا في جنس العقد، فقال أحدُهما: بَيْعٌ، وقال الآخر: هِبةٌ، أو في جنس الثَّمن، فقال أحدُهما: دراهم، والآخر دَنانير يتحالفان عند محمّد ﷺ، وهو المُختار؛ لأنّ وصفَ الثَّمن وجنسَه بمنزلة القَدْر؛ لأنّ الثَّمنَ دينٌ، وإنّما يُعرفُ بجنسِهِ ووصفِه، ولا وجود له بدونهما.

ولا كذلك الأَجَل، فإنّه ليس بوصفٍ؛ لأنّ الثَّمَنَ يَبْقَى بعد مُضيه.

وقالا: لا يَتَحالفان؛ لأنّ نصَّ التَّحالف وَرَدَ على خلافِ القياس، فيَقْتَصِرُ على موردِه، وهو الاختلافُ في المَبيع أو الثَّمن، وجوابُه ما مَرّ.

قال: (**ومَن نَكَلَ عن اليَمين لزمه دَعْوَى صاحبه**)؛ لما تقدَّم في القَضاء بالنُّكول.

قال: **(وإن اختلفا في الأَجل أو شَرْطِ الخِيار، أو استيفاء بعض الثَّمن لم يتحالفا)**؛ لأنّه اختلافٌ في غيرِ المعقود عليه؛ لأنّ العَقْدَ لا يختلُّ بعدمِه، بخلاف الاختلافِ في القَدْر؛ لأنّه لا بَقاء للعَقْد بدونِه.

(والقَوْلُ قولُ المنكر)؛ لأنّه يُنكر الشَّرط، فكان القَوْلُ قولُه.

قال: **(وإن اختلفا بعد هلاك المبيع لم يتحالفا)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهم، **(والقَوْلُ قولُ المشتري)**؛ لأنّه مُنْكرٌ.

وقال مُحمّدٌ رضي الله عنه: يَتَحالفان ويُفْسَخُ البَيْعُ على قيمةِ الهالك.

وعلى هذا إذا خَرَجَ المَبيع عن ملك المُشتري أو صار بحال يَمْنَعُ الفَسْخَ بأن ازدادَ زيادةً متصلةً أو مُنفصلةً.

لمحمّدٍ رضي الله عنه: أنّ كلَّ واحدٍ منهما يَدَّعي عَقْداً غيرَ ما يَدَّعيه الآخر، وصاحبُه يُنكر، فيِتَحالفان كما إذا كانت قائمةً؛ لأنّ القِيمةَ بمنزلة العين عند عدمِها.

ولهما: أنّ اليَمينَ حُجّةُ المنكر حقيقةً بالنَّصِّ، والبائعُ ليس بمُنْكِرٍ؛ لأنّ المشتري ليس بمُدَّعٍ؛ لأنّ السِّلْعَةَ سَلِمَتْ له ملكاً ويداً، وإذا لم يكن البائع مُنكراً لا يمين عليه، والشَّرع وَرَدَ به حال قيام العَين؛ لفائدة الفَسْخ، ولا فسخ بعدها؛ لعدم بقاء العَقد.

وأيّهما أقامَ البِيِّنَة قُضِي بها، وإن أقاما فبَيِّنةُ البائع.

وإن ماتا أو أحدُهما واختلفت الورثةُ فلا تحالف؛ لأنّهما ليسا مُتبايعين فلا يَتناولهما النَّص.

قال: (**وإن اختلفا بعد هَلاك بعض المَبيع لم يَتحالفا إلا أن يَرْضَى البائع بترك حِصّة الهالك**).

وقال أبو يوسف ﷺ: يتحالفان في الحيّ ويَنْفَسِخُ البيعُ فيه، والقولُ في قيمةِ الهالك قُول المشتري.

وقال مُحمّد ﷺ: يَتَحالفان عليهما، ويَنْفَسِخُ البَيْع في الحيِّ وقيمةِ الهالك.

وعلى هذا إذا انتقص أو جَنَى عليه المشتري أو باع المُشتري أحد العبدين.

لُمحمّدٍ ﷺ: أنّ هَلاكَ السِّلعة لا يمنعُ التَّحالف عنده لما مَرَّ، فهلاكُ البَعض أَوْلى.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّ المبيعَ إذا كان قائماً يَتَحالفان، وإن كان هالكاً لا يتحالفان، فإذا هَلَكَ نصفه وبقي نصفُه يُعْطى كلُّ نصفٍ حكمَه.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ النَّصَّ ورَدَ حال قيام السِّلعة، بخلاف القِياس، فلا يُقاس عليه غيره، إلا أنّه إذا رضي بترك حصَّة الهالك يصير الهالك كأن لم يكن، وكأن العَقد لم يَرِد إلا على الباقي.

ومَن المشايخ مَن قال: على قول أبي حنيفة ﷺ يأخذ من ثَمَن الهالك ما أقرَّ به المُشتري دون الزِّيادة.

وذكرَ محمّد في «الجامع»: قول أبي يوسف ﷺ مع قوله، وهو الصَّحيح.

فيَحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بألفين، فإن نَكَلَ لزمه، وإن حلف يحلف البائع ما بعتُهما بألفٍ، فإن حَلَفَ يفسدُ العقد في القائم ويُرَدُّ المشتري حصّةَ الهالك من الثَّمن الذي أَقرَّ به، ويُقسم الثَّمن على قدر قيمتهما يوم القبض.

وإن اختلفا في قيمةِ الهالكِ يوم القَبض، فالقولُ للبائع؛ لأنّه يُنكر زيادة السُّقوط بعد اتفاقهما على الثَّمن.

وأيّهما أَقام البَيِّنة قُبِلَت.

وإن أَقاما فبيّنةُ البائع؛ لأنّها أكثرُ إثباتاً؛ لأنّها تثبتُ الزِّيادة في قيمة الهالك.

قال: (**وإن اختلفا في الإجارةِ قبل استيفاءِ شيءٍ من المَنفعة في البَدَلِ أو في المُبدلِ يَتَحالفان ويترادان**)؛ لأنّ الإجارةَ قبل استيفاءِ المنفعةِ نظيرُ المبيع قبل القَبض.

فإن اختلفا في الأُجرة بُدِئ بيمين المُستأجر؛ لأنّه مُنكرٌ، وإن اختلفا في المَنفعة بُدئ بيمين المؤجر، وأَيّهما أقام البيِّنةَ قُبلت، وإن أقاما فبيِّنةُ المُستأجر إن

كان الاختلاف في المنفعة، وإن كان في الأَجر فبَيِّنةُ الآجر، وإن كان فيهما قضى بالبيِّنتين، كما إذا قال أحدُهما: شهراً بعشرة، والآخر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشر.

(وإن اختلفا بعد استيفاءِ جميع المنفعة لم يَتَحالفا) بالإجماع **(والقول للمُستأجر)**؛ لأنّه مُنكرٌ، وهذا على قولهما ظاهرٌ.

وأمّا على قول محمّدٍ ﷺ فهو إنّما يُفْسَخُ في الهالك فيَرُّد القيمة، والهالك هنا لا قيمةَ له على تقدير الفَسخ؛ لأنّ المَنافع لا تتقوَّمُ بنفسها بل بالعَقد، فلو تَحالفا وفُسِخ العقدُ تَبَيَّنَ أنّه لا عَقْدَ، فيَرْجعُ على موضوعِهِ بالنَّقض.

(وإن اختلفا بعد استيفاءِ بعض المَنافع يتحالفان، ويُفسخُ العقدُ فيما بقي، والقَول فيما مَضَى قولُ المُستأجر)؛ لأنّ الإجارةَ عندنا تنعقد شيئاً فشيئاً، فما مضى صار كالهالك، وما بقي لم ينعقد، بخلاف البيع فإنّه ينعقد جملةً واحدةً.

قال: **(وإن اختلفا بعد الإقالةِ تحالفا وعادَ البيعُ)**، ومعناه: اختلفا قبل القَبْض، أمّا إذا قَبَضَ البائعُ المبيعَ بعد الإقالة ثمّ اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ خلافاً لمحمّد ﷺ.

وهذا على قولِ مَن يقول: إن الإقالةَ بيعٌ لا إشكالَ، إنّما الإشكالُ على أنّها فسخٌ، إلا أنّا نقول: إنّما أَثبتنا التَّحالف فيها قبل القَبض؛ لأنّ القَياسَ يُوافقُه؛ لأنّ البائعَ يدَّعي زيادةَ الثَّمن، والمشتري يُنكرُه، والمُشتري يدَّعي

وجوبَ تسليم المَبيع بها نَقَدَ، والبائع يُنكرُه، فكلُّ واحدٍ منهما مُنْكرٌ فيَحْلِفُ، فكان التَّحالفُ على مُقتضى القياس قبل القبض، فأَثْبَتنا التَّحالفَ قبل القبض بالقياس لا بالنَّصّ.

ولا كذلك بعد القَبْض، فإنّه على خلافِ القياس؛ لأنّ المبيعَ يُسلَّم للمُشتري، فلا يدَّعي شَيْئاً فلا يكون البائع مُنكراً.

قال: (**وإن اختلفا في المهر فأيُّهما أَقام البيّنة قُبلت، وإن أَقاما فبَيِّنةُ المرأةِ**)؛ لأنّها أكثرُ إثباتاً.

(**فإن لم يكن لهما بَيِّنةٌ تحالفا، فأَيّهما نكَلَ قُضِي عليه.**

وإذا تحالفا) لا يُفسح النّكاح؛ لأنّ أثرَ التَّحالف في انعدامِ التَّسمية، وذلك لا يَمْنَعُ صحّةَ النّكاح بدليل صحَّتِه بدون التَّسميةِ، بخلافِ البيع على ما عُرِف، لكن (**يُحكَّم مهرُ المِثل، فإن كان مِثْلَ ما قالت أو أكثر قُضِي بقولِها**)؛ لأنّ الظَّاهرَ شاهدٌ لها.

(**وإن كان مثلَ ما قال أو أقلّ قُضِي بقولِهِ.**

وإن كان أقلَّ ممّا قالت، وأكثرُ ممَّا قال، قُضِي بمهر المِثْل)؛ لأنّه لم تَثْبَتْ الزِّيادة على مهر المِثل نظراً إلى يمينِه، ولا الحَطيطةُ منه نظراً إلى يمينها، فإذا سَقَطَت التَّسميةُ بالتَّحالف اعتبر مَهْر المِثل، كما إذا لم توجد التَّسمية حقيقة.

ويبدأ بيمينِ الزَّوجِ كما في المشتري؛ لأنّه مُنكرٌ.

وإن طَلَّقَها قبل الدُّخول بها ثمّ اختلفا، فالقولُ قولُه في نصفِ المهر.

وذكر في «الجامع الكبير»: يُحكَّمُ متعةُ مثلها، وهو قياسُ قولهما.

وقال أبو يوسف ﷺ: القولُ قولُ الزَّوج قبل الطَّلاق وبعده، إلا أنَّ يأتي بشيء يسير يُكذِّبُه الظّاهر، وهو ما لا يَصِحُّ مَهْراً لها، وقيل: ما دون العَشرة، والأوّلُ أحسنُ.

ولهما: أنّ الظّاهرَ يشهد لَمن يَشْهدُ له مهرُ المِثل نظراً إلى المُعتاد، وإلى إنكار الأَولياء وتعبيرهم بدون ذلك، والقولُ في الدَّعوى قولُ مَن يشهد له الظَّاهر، فيُصار إليه.

قال: **(وإن اختلفا في مَتاعِ البيت فما يَصلحُ للنِّساء)**: كالمُقَنَّعة والدُّولاب وأَشباهه، **(فللمرأةِ)** بشهادةِ الظّاهر، **(وما يَصلح للرِّجال)**: كالعِمامة والقَلَنْسُوة ونحوه، **(فللرَّجل)**، وما يَصْلُحُ لهما: كالأَواني والبُسُطِ ونَحوهما فللرَّجل أيضاً؛ لأنّ المرأةَ والبيتَ في يدِ الرّجل، فكانت اليدُ شاهدةً بالملك؛ لأنّ الملكَ باليدِ إلا أنّه عارضه ما هو أَقوى منه، وهو ما يختصُّ بها.

(وإن مات أحدُهما واختلفت ورثتُه مع الآخر، فما يَصْلُحُ لهما فللباقي)؛ لأنّ اليدَ للحيِّ لا للميت.

وقال مُحمّد ﷺ: ما يَصْلُحُ لهما لورثةِ الزَّوج بعد موته لِقِيامهم مِقامَه، وسواءٌ اختلفا حالة قِيام النّكاح أو بعد الفُرقة.

وقال أبو يوسف ﷺ: يُدفعُ إلى المرأةِ ما يُجهز به مِثْلُها، والباقي للزَّوج مع يمينِه؛ لأنّ الظّاهرَ أنّها تأتي بالجِهاز، وهذا أَقوى من ظاهرِ الزَّوج فيبطله،

وما وراءه لا يُعارض يد الزَّوج فيكون له، والطَّلاقُ والموتُ سواءٌ؛ لأنّ الورثةَ تقوم مقامه.

وإن كان أحدُ الزَّوجين مملوكاً، فالكلُّ للحُرِّ حالةَ الحياة؛ لأنّ يدَه أقوىٰ، وللحيِّ بعد الموت؛ لأنّه لا معارض ليدِه.

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ ﵄: المأذونُ والمكاتَبُ بمنزلةِ الحُرِّ؛ لأنّ لهما يداً في الخُصومات وغيرِها.

قال: (**وإن اختلفا في قدرِ الكتابةِ لم يَتَحالفا**)[1].

وقالا: يتحالفان وتُفسخ الكتابة؛ لأنّه عقدُ معاوضة، والمولىٰ يدّعي بدلاً زائداً، والمكاتَبُ يُنكر، والمكاتُب يدَّعي استحقاق العبد عند أداء ما يدَّعيه من القدرِ، والمولىٰ يُنكره فيَتَحالفان كالبيع.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ البَدلَ مقابلٌ في الحالِ بفكِّ الحَجْرِ، وهو سالم للعبد، وإنّما يصيرُ مُقابلاً للعتق عند الأداء، فكان اختلافاً في قدرِ البدل لا غير فلا يتحالفان، ويكون القولُ للمكاتَب؛ لأنّه منكرٌ للزِّيادة.

---

(١) أي لأنَّ التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق الملازمة وبدل الكتابة غير لازم علىٰ المكاتب؛ لأنَّ له أن يرفعَه عن نفسه بالعجز، فلم تكن في معنىٰ البيع، كما في مجمع الأنهر ٢: ٢٦٧.

فصلٌ
في دعوى النَّسب

اعلم أنّ الدَّعوىٰ ثلاثة:

١. دعوةُ استيلاد.

٢. ودعوةُ تحرير، وهي دعوة الملك.

٣. ودعوةُ شبهة الملك.

فالأُولىٰ: أن يدَّعي نَسَبَ ولد عَلِق في ملكه يقيناً، كما إذا جاءت به لأقلّ من ستّة أشهر، ويصحُّ في الملكِ وغيرِ الملك كما إذا باعه، ويستندُ إلىٰ وقتِ العلوقِ احتيالاً لثبوت النَّسب تصحيحاً لدعواه.

ويوجب فسخ ما جرىٰ من العقود: كبيعِهِ أُمّ الوَلد إن كان الولدُ محَلّاً للنَّسب، ويُجعل مُعترِفاً بالوطءِ من وقتِ العلوق، وأُمومية الولد تتبع النَّسب؛ لأنّ المقصودَ ثبوت النَّسب لا أُموميّة الولد، وهو تبعٌ له، ألا تَرَىٰ أنّها تُضاف إليه، فيُقال: أمّ ولدِه، وتستفيد العتق من جهته، قال ﷺ: «أعتقها ولدها»[1]، ولهذا ثبتت له حقيقة الحريّة، ولها حقُّ الحريّة.

---

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال: «أعتقها ولدها» في سنن ابن ماجة٢: ٨٤١، والمستدرك٢: ٢٣، وسنن الدارقطني٥: ٢٣١، قال

والثَّانيةُ: أن يدّعي نَسَبَ ولدٍ عَلِق في غيرِ ملكه، فيصحُّ في الملك خاصّة، ولا يجب فسخ العَقد، ويعتق إن أمكن وإلا فلا.

والثَّالثةُ: أن يدّعي ولد جارية ولده، فيصحُّ بناءً على ولايتِهِ على ولدِه من وقتِ العلوقِ إلى وقتِ الدَّعوة؛ لأنّ شرطَ صحّةِ هذه الدَّعوةِ قيامُ ولاية تملّك الجارية من وقتِ العلوقِ إلى وقتِ الدَّعوة؛ لأنّه يتملَّكُها بالاستيلادِ مقتضى للوطءِ السَّابق.

ثمّ الأُولى أَوْلى؛ لأنّها تستندُ إلى وقت العلوق، والثَّانية تقتصر على الحال، والثَّانية أولى من الثَّالثة؛ لأنّ التَّحريرَ متى صحَّ من الابن بطلت ولاية الأب للتمليك؛ لفوات الشَّرط.

جئنا إلى مسائل الكتاب.

قال: (**ولو باع جاريةً فولدت لأقلّ من ستّةِ أشهرٍ فادّعاه، فهو ابنُه، وهي أمُّ ولده، ويُفسخُ البيع ويُرَدُّ الثَّمن**)، وهذا استحسانٌ، والقِياسُ أن دعواه باطلة؛ لوجود التَّناقض؛ لأنَ بيعَه دليلُ عبوديّة الولد.

ابن القطان: له إسناد جيد. ورواه ابن حزم بإسناد صحيح وصححه، وله شواهد كثيرة. وينظر: الدراية٢: ٨٧، والخلاصة٢: ٤٦٤.

وعن عمر رضي الله عنه في أم الولد: «أعتقها ولدها، وإن كان سقطا» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٤٠٠.

ووجه الاستحسان: أنّ العلوقَ حَصَلَ في ملكِهِ يقيناً، والظّاهرُ عدم الزِّنا فيكون منه، ومبنىٰ العُلُوق علىٰ الخَفاء، فلا تناقض فصحَّت دعواه، فيستندُ إلىٰ وقتِ العلوق ويُفسخُ البيعُ؛ لما بيّنّا، ويُرَدُّ الثَّمنُ؛ لأنّه مقتضىٰ فسخ البيع.

(**ولا تُقبلُ دعوةُ المشتري معه**)؛ لسبقها؛ لأنّها تستندُ إلىٰ وقتِ العلوق، ولا كذلك دعوة المشتري.

قال: (**فإن مات الولدُ ثمَّ ادّعاه**)، يعني البائع، (**لا يثبت الاستيلاد فيها.**

فإن ماتت الأمُّ ثمّ ادّعاه يثبتُ نسبُه)؛ لما تقدَّم أنّ أُموميّةَ الولدِ تبعٌ للنَّسب، قال: (**ويُرَدُّ كلُّ الثَّمن**).

وقالا: يردُّ حصّةَ الولدِ خاصّة بناءً علىٰ أنّ أمَّ الولدِ غيرُ متقوّمةٍ في العقدِ والغصبِ عنده، وعندهما: متقومة فيضمنها.

وكذا لو ادّعاه بعدما أَعتقه المشتري لا يصحُّ، وبعد إعتاقها يصحّ؛ لأنّ الامتناعَ في الأُمِّ لا يوجب الامتناعَ في الولدِ: كولدِ المغرورِ المستولدِ بالنّكاح.

ولا كذلك بالعكس.

وإذا صَحَّت الدَّعوةُ بعد إعتاقِها ثَبَتَ النَّسب وفُسِخ العقدُ ورُدَّ الثَّمن علىٰ ما مرّ، وإنّما كان إعتاق الولد مانعاً؛ لأنّ العتق لا يحتمل النَّقض:

كحقّ استلحاق النَّسب فاستويا، ولأنّ الثَّابت من المشتري حقيقة الإعتاق، والثَّابت للبائع حقّ الدعوة في الولد، وفي الأُمّ حقّ الحرية فلا يُعارض الحقيقة.

فعلى هذا لو ادّعاه المشتري أوّلاً لا يصحُّ دعوى البائع بعده؛ لأنّ دعوةَ المشتري دعوةُ تحرير، فصار كما إذا أَعتقه، والتَّدبيرُ كالعتق؛ لأنه لا يحتمل النَّقض.

قال: (**وإن جاءت به ما بين ستّةِ أشهر إلى سنتين فإن صدَّقه المشتري ثبت النَّسب وفُسخ البيع، وإلا فلا**)؛ لاحتمال العلوق في ملكِه، فلم يوجد اليقين، فيتوقف على تصديق المشتري، فإذا صدَّقه ثَبَتَ النَّسب؛ لأنّ الحقَّ لهما، فيثبت بتصادقهما إذا أَمكن، والولدُ حرٌّ، والجاريةُ أمُّ ولدٍ، كما مَرّ.

وإذا ادّعياه فدعوة المشتري أَولى؛ لقيام ملكه واحتمال العلوق فيه.

قال: (**وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا تصحّ دعوة البائع**)؛ للتيقّن بعدم العلوق في ملكه، لكن إذا صدَّقه المشتري ثَبَتَ النَّسب، ويحمل على الاستيلاد بالنّكاح لتصادقهما حملاً لأمره على الصّلاح.

(**ولا يُفسخُ البيع، ولا يُعتقُ الوَلد، ولا تصيرُ أُمّ ولد له**)، ووجهه ظاهر.

وإن لم تُعْلَمْ مُدّةُ الولادة بعد البَيع لا تصحُّ دعوة البائع إلا بتصديق المشتري؛ لوقوع الشَّكِّ في وقتِ العلوق، وتصحُّ دعوة المشتري؛ لأنّه يُنكر فسخَ البيع، ولا حجّة للبائع.

وإن ادَّعياه لا تصحُّ واحدةٌ منهما للشَّكّ.

والمسلمُ والذِّميُّ والحربيُّ والمكاتبُ في ذلك سواء.

وإن ادّعى البائعُ قبل الولادة فهو موقوف، فإنّ وَلَدَ حَيّاً صحّت وإلا فلا.

ولو اشتراها حُبْلى ثمّ باعها لا تصحّ دعواه، وإن اختلفا، فالقول للبائع؛ لأنّه المتمكن من وطئها.

وإن حَبِلَت أُمَّة في ملكِ رجل فباعها وتداولتها الأيدي، ثم رَجَعَت إلى الأَوَّل فولدت في يده وادّعاه ثَبَتَ نسبُه منه وبَطَلَت البيوعُ كلُّها وتراجعوا الأثمان؛ لما بيّنّا.

ولو لم يكن أصلُ الحمل عنده لم تبطل العقود.

قال: (**ومَن ادّعى نسبَ أَحدِ التَّوأمين ثَبَتَ نسبُهما منه**)؛ لأنّهما خُلقا من ماءٍ واحدٍ؛ لأنّه اسمٌ لولدين وُلدا ليس بينهما ستّة أشهر، فاستحال انعلاق الثّاني من ماء آخر، فإذا ثَبَتَ نسبُ أحدِهما ثَبَتَ نسبُ الآخر، ويبطل ما جَرَىٰ فيه من العُقُود من بيعٍ وعتقٍ وغيرِ ذلك.

فصلٌ

كلُّ قولين مُتناقضين صدراً من المدعي عند الحكم إن أمكن التَّوفيق بينهما قُبِلت الدَّعوىٰ صيانةً لكلامِهِ عن اللَّغوِ نظراً إلىٰ عقلِهِ ودينِهِ، وإن تَعَذَّرَ التَّوفيق بينهما لم تُقْبَل، كما إذا صَدَرَ من الشُّهودِ، وكلُّ ما أَثَّر في قَدْحِ الشَّهادة أَثَّر في منع استماع الدَّعوىٰ.

قال أبو حنيفة ﷺ: إذا قال المدعي: ليس لي بَيِّنَةٌ علىٰ دعوىٰ هذا الحقّ، ثمّ أقامَ البَيِّنة عليه لم تُقْبل؛ لأنّه أكذب بيِّنتَه.

وعن محمّدٍ ﷺ: أنّها تُقبل؛ لأنّه يجوز أنّه نسيها.

ولو قال: ليس لي علىٰ فلانٍ شهادةٌ ثمّ شَهِدَ له لم تُقْبَل.

وروىٰ الحَسَنُ عن أبي حنيفة ﷺ: أنّه تُقبلُ شَهادتُه لاحتمال النِّسيان أيضاً.

وروىٰ ابنُ رُسْتُم عن محمّد ﷺ: إذا قال: لا شهادة لفلان عندي في حقٍّ بعينِهِ، ثمّ جاء وشَهِدَ له قُبِلت؛ لأنّه يقول: نَسيتُ.

ولو قال: لا أعلم لي حَقّاً، أو لا أعلم لي حُجّةً، ثمّ ادّعىٰ حَقّاً أو جاء بحجّةٍ قُبِلَت.

ولو قال: ليس لي حقٌّ لا تُقبل.

ولو قال: ليس لي حجّةٌ قُبلت؛ لاحتمال الخَفَاء في البَيّنةِ دون الحَقّ.

وروى ابنُ سَماعة عن مُحمَّد ﵁: لو قال: هذه الدَّار ليست لي ثمَّ أَقام البَيّنةَ أَنّها له قَضَي له بها؛ لأنّه لم يثبت بذلك حقّاً لأَحدٍ فكان ساقطاً، ألا ترى أنّ الملاعنَ إذا ادَّعى نسب الوَلَد صحَّ لما أنّه لم يَثْبُتُ النَّسَب من غيره باللِّعان؟

وروى هشام عن محمّد ﵁: لو قال: لا حَقّ لي بالرَّي في دار ولا أرض ثمّ أَقام البيِّنة على ذلك في إنسانٍ بالرَّي قُبِلت.

ولو عَيَّن فقال: لا حَقّ لي بالرَّي في رُسْتاق[1] كذا في يد فلان، ثمّ أقام البيّنة لم تُقبل إلا أن تقوم البيِّنةُ أنّه أخذه منه بعد الإقرار.

ولو قال الرَّجل: ادفع إليّ هذه الدّار أَسكنها، أو هذا الثَّوب أَلبسُه ونحو ذلك فأبى ثمّ ادَّعى السَّائل ذلك صَحَّ؛ لأنّه يقول: إنّما طلبتُها بطريق الملك لا بالعارية.

وفي «الفتاوى»: باعَ عقاراً وابنه أو زوجته حاضرٌ، وتصرَّفَ المشتري فيه، ثمّ ادّعى الابنُ أنّه مِلكُه ولم يكن لأبيه اتفق مشايخنا: أنّه لا تُسمع مثل هذه الدَّعوى، وهو تَلْبيسٌ محض، وحضورُه عند البيع وتركُ المُنازعة إقرارٌ منه أنّه ملك البائع، وجُعِلُ سكوتُه في هذه الحالة كالإيضاح بالإقرارِ؛ قَطعاً

(١) الرُّسْتاق: معرب، ويستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم، كما في المصباح١: ٢٢٦.

للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالنَّاس.

ولو باع ضَيْعةً ثمّ ادّعى أنّها كانت وَقفاً عليه لا تُسْمعُ للتَّناقض؛ لأنّ الإقدامَ على البَيعِ إقرارٌ بالملك، وليس له تحليفُ المُدَّعى عليه.

ولو أقام البَيِّنةَ:

قيل: تُقبلُ؛ لأنّ الشَّهادةَ على الوَقفِ تُقبل من غيرِ دعوةٍ ويُنقضُ البيع.

وقيل: لا تُقبلُ هاهنا؛ لأنّها تُثبتُ فسادَ البيع وحقّاً لنفسه، فلا تُسمعُ للتَّناقض.

ولو رَدَّ الجاريةَ بعيبٍ فأنكر البائعُ البيعَ فأقام المشتري البيِّنةَ على الشِّراء، وأقام البائعُ أنّه قد برأ إليه من العيبِ لم تُقْبَل؛ لأنّ جحودَه البيع إنكارٌ للبَراءة، فيكون مُكذِّباً شهوده.

ولو أنكرَ النِّكاح ثمّ ادَّعاه قُبِلت بيِّنتُه على ذلك، وفي البيع لا تُقبل؛ لأنّ البيع انفسخ بالإنكار والنِّكاح لا، ألا تَرَى أنّه لو ادّعى تزويجاً على ألف فأنكرت فأقامت البيّنة على ألفين قُبِلت، ولا يكون إنكارها تكذيباً للشُّهود؟ وفي البيع لا تُقْبلُ، ويكون تكذيباً للشُّهود.

* * *

كتاب الإقرار

وهو في الأَصل[1]: التَّسكينُ والإثبات.

والقرار: السُّكون والثَّبات، يُقال: قَرَّ فلانٌ بالمَنزل إذا سَكَن وثَبَت، وقَرَّرتُ عنده كذا: أي أَثْبَتُّهُ عنده، وقَرارُ الوادي: مُطْمَئنُّه الذي يَثْبُتُ فيه الماء، ويُقال: استمرَّ الأمر على كذا: أي ثَبَتَ عليه، وسُميت أيّام مِنى أَيام القَرِّ؛ لأنَّهم يَثْبُتون بها ويَسْكُنُون عن سَفَرهم وحَركتِهم هذه الأيام، ومنه الدُّعاء: أَقَرَّ الله عينَه إذا أَعطاه ما يَكفيه فسَكَنَت نَفْسُهُ ولا تَطْمَحُ إلى شيءٍ آخر.

وفي الشَّرع: اعترافٌ صادرٌ من المُقِرِّ يَظهرُ به حَقٌّ ثابتٌ، فيَسْكُن قَلْبُ المُقِرِّ له إلى ذلك.

وهو حجّةٌ شرعيّةٌ، دَلّ على ذلك الكتاب والسُّنة والإجماع، وضَرْبٌ من المَعقول.

---

(١) الإقرار: لغة: خلاف الجحود، كما في المغرب٢: ١٦٧، وأقرَّ بالحقّ اعترف به، كما في المختار ص٢٥٠

أمّا الكتاب: فقولُه تعالىٰ: {كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء للهِّ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ}[النساء: ١٣٥]، والشَّهادةُ علىٰ النَّفس إقرارٌ، فلولا أنَّ الإقرارَ حجّةٌ لَمَا أمر به.

وقولُه تعالىٰ: {وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ}[البقرة: ٢٨٢]، وأنّه إقرارٌ علىٰ نفسِهِ.

والسُّنّة: قولُه ﷺ في حديث العَسيف[١]: «واغد أنت يا أُنيس إلىٰ امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٢].

ورَجَمَ رسول الله ﷺ ماعزاً[٣] والغامديّة[٤] بالإقرار[٥].

---

(١) العَسيف: الأجير، كما في المغرب٢: ٦٢.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «واغد يا أنيس إلىٰ امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» في صحيح البخاري٣: ١٠٢، وصحيح مسلم٣: ١٣٢٤.

(٣) هو ماعز بن مالك الأسلمي، معدود في المدنيين، كتب له رسول الله ﷺ كتاباً بإسلام قومه، وهو الذي اعترف بالزنىٰ فرجمه، روىٰ عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً، وفي صحيح أبي عوانة وابن حبان وغيرهما من طريق أبي الزبير، عن جابر رضي الله عنه أنَّ النبيّ ﷺ لما رجم ماعز بن مالك رضي الله عنه قال: «لقد رأيته يتخضخض في أنهار الجنة». ينظر: الإصابة ٥: ٥٢٢، وأسد الغابة ٤: ٢٣٢.

(٤) الغامدية: فىٰ اسمها خلاف، قيل أبية، وقيل سبيعة، وفىٰ الإصابة أنَّها سبيعة القرشية، وروىٰ عن عائشة حديث فحواه أنَّها أقرت علىٰ نفسها بالزنا لرسول الله ﷺ ورجمت بعد أن وضعت حملها وفطمته. ينظر: موسوعة الأعلام ١: ٤٢٩.

(٥) فعن بريدة رضي الله عنه: «كنت جالساً عند النبيّ ﷺ إذ جاء ماعز بن مالك، فقال: إنّي

وعليه الإجماع.

ولأنّه خبرٌ صَدَرَ عن صِدْق؛ لعدم التُّهمة؛ إذ المال محبوبٌ طبعاً، فلا يُكذَّب في الإقرار به لغيره، وهو حجّةٌ مظهرةٌ للحقّ، ملزمةٌ للحال، حتى لو أَقرَّ بدينٍ أو عينٍ على أنّه بالخيارِ ثلاثةَ أيّام لزم المال، وبَطَلَ الخِيار وإن صدَّقه المُقَرُّ له في الخِيار؛ لأنّ الخِيارَ للفسخ، وهو لا يحتمل الفَسخ؛ لأنّه إخبارٌ، والفَسخُ يَرِدُ على العَقود، ولأنّ حكمَه ظُهور الحقّ، وهو لا يَحْتملُ الفَسخَ.

وشَرْطُه: كونُ المقرِّ به ممَّا يجب تسليمُه إلى المُقَرِّ له حتى لو أَقَرَّ بكفِّ تراب أو حبَّةِ حنطةٍ لا يصحُّ.

وحُكمُه: ظُهورُ المُقرِّ به؛ لأنّه إخبارٌ عن كائن سابق حتى لو أَقَرَّ لغيره بمال، والمُقرُّ له يَعْلَمُ كَذِبَه لا يحلُّ له أخذه على كُره منه، إلا أن يُعطيه بطيبةٍ نفس منه، فحينئذٍ يكون تمليكاً مبتدأً كالهِبة.

زنيت، وأنا أريد أن تطهّرني، فقال له ﷺ: ارجع، فلمّا كان من الغدِ أتاهُ أيضاً فاعترفَ عنده بالزنا، فقال له: ارجع، ثمَّ عادَ الثالثةَ فاعترفَ بالزنا، ثمَّ رجعَ الرابعةَ فاعترف، فحفرَ له حفرةً فجعلَ فيها إلى صدره، ثمَّ أمرَ الناس فرجموه» في صحيح مسلم٣: ١٣٢٣.

فعن أبي بكرة رضي الله عنه: «رجمَ رسولُ الله ﷺ المرأةَ الغامديّةَ بحصاة، وكانت أقرّت بالزنا: ثمَّ قال للناس: ارموا واتّقوا الوجه» في سننِ أبي داود٢: ٥٨٧.

قال: (**وهو حُجّةٌ على المُقِرِّ إذا كان عاقلاً بالغاً**)، ويصحُّ إقرارُ العبد في بعض الأشياء على ما مَرَّ في الحجر.

قال: (**إذا أَقرّ لمعلوم**)؛ لأنّ فائدةَ الإقرار ثبوتُ الملك للمُقرِّ له، ولا يُمكن إثباتُه لمجهول.

قال: (**وسواء أَقرّ بمعلوم أو مجهول ويُبيّن المَجهول**)، أمّا المَعلومُ فظاهر، وأَمّا المَجهولُ؛ فلأنّه قد يكون عليه حَقٌّ ولا يَدْري كميته: كغرامةِ مُتْلَفٍ لا يدري كم قيمتَه، أو أَرْشِ جراحةٍ، أو باقي دين، أو مُعاملةٍ، أو كان يَعْلَمُه ثُمّ أُنسي.

والجهالةُ لا تمنعُ صحّة الإقرار؛ لأنّه إخبارٌ عن ثبوتِ الحقِّ والبيانِ عليه، كما إذا أَعتق أحد عبديه فيُبيِّنُه، إمّا بنفسِهِ أو بالجبرِ من القاضي إيصالاً للحقِّ إلى المَسْتَحِقِّ، بخلاف جهالةِ المقرِّ له على ما بَيّنّا، وبخلافِ الشُّهود؛ لأنّه لا حاجة بهم إلى أداءِ الشَّهادة والمُقَرُّ له حاجةٌ لخلاص ذمَّتِه، ولأنّ الشَّهادةَ تَبْتَني على الدَّعوى، والدَّعوى بالمَجهول لا تُقْبلُ، ولأنّها لا توجب الحقَّ إلا بانضمام القضاء إليها، والقَضاء بالمجهول غيرُ ممكنٌ، والإقرارُ موجبٌ بنفسِهِ، ولهذا لا يَعْملُ الرُّجوع فيه، ويَعملُ في الشَّهادةِ قبل القَضاء بها.

قال: (**فإن قال له: عليَّ شيءٌ أو حَقٌّ لزمه أن يُبيِّنَ ما له قيمةٌ**)؛ لأنّه أَقَرَّ بالوجوبِ في ذِمَّتِه؛ لأنّها محلُّ الوجوب، وما لا قيمة له لا يجب فيها، (**فإن كَذَّبَه المُقَرُّ له فيما بَيَّنَ، فالقولُ للمُقِرِّ مع يَمينِهِ**)؛ لأنّه مُنكرٌ للزِّيادة.

قال: (**وإن أَقرَّ بمالٍ لم يُصدَّق في أقلَّ من درهم**)؛ لأنّ ما دون ذلك لا يُعَدُّ مالاً عرفاً.

(**وإن قال: مالٌ عظيم، فهو نصاب من الجنس الذي ذَكَر**)، معناه إن ذكر الدَّراهم فمائتا درهم، ومن الذَّهب عشرون مِثْقالاً، ومن الغَنَم أربعون شاةً، ومن البَقر ثلاثون بقرة، ومن الإبل خمسٌ وعشرون؛ لأنّه أدنى نصاب يجب فيه من جنسِه، وفي الحنطة خمسةُ أَوْسُق؛ لأنّه هو المُقَدَّرُ بالنِّصاب عندهما.

وعن أبي حنيفة ﷺ: أنّه يرجع إلى بيان المُقِرِّ.

(**وقيمةُ النِّصاب في غير مال الزَّكاة**)؛ لأنّ النِّصابَ عظيمٌ؛ لأنّ مالكَه غَنِيٌّ، والغِنيُّ معظَّمٌ عند النَّاس.

وعن أبي حنيفة ﷺ: أنّه مقدَّرٌ بعشرة دراهم؛ لأنّها عظيمةٌ حتى يُستباح بها الفرج وقطع اليد، والأوّل أصحّ[1].

(**وإن قال: أموالٌ عظام، فثلاثةُ نُصُب**)؛ من النَّوع الذي سَمّاه؛ لأنّه جمعٌ عظيمٌ، وأقلُّه ثلاثةٌ.

(**وإن قال: دراهمُ، فثلاثةٌ**)؛ لأنّها أقلُّ الجمع، فهي مُتَيقَّنة.

---

(١) اختاره عامة الكتب كالقدوري والهداية٣: ١٧٨، والتنوير٥: ٥٩٢.

(وإن قال: كثيرة، فعَشْرةٌ).

وقالا: مئتان؛ لأنّ الكثيرَ ما يَصير به مُكثراً، وذلك بالنِّصاب.

ولأبي حنيفة ﷺ: إنّ العَشْرةَ أَقصى ما يَتناوله اسم الجمع بهذا اللفظ، فيكون هو الأكثر، فيَنْصَرفُ إليه.

وفي الدَّنانير عندهما نصاب عِشْرون مِثْقالاً، وعنده عشرةٌ أيضاً؛ لما مَرّ.

وكلُّ ما ذكرنا من التَّقديرات لو زادَ فيها قُبِلَ؛ لأنّه أَعْرَفُ بما أَجمل، ويلزمه من الدَّراهم المُعتادة بالوَزن المُعتاد في البلد، وإن كان في البلد أوزان مختلفة أو نقود وجب أقلُّها للتَّيقُّن.

ولو قال: عليَّ ثيابٌ كثيرةٌ أو وصائفُ(١) كثيرة يلزمه عنده عشرة، وعندهما ما يبلغ قيمتُه مئتي درهم؛ لما مَّر.

(ولو قال: كذا دِرْهماً، فدِرْهمٌ)؛ لأنّه فَسَّر ما أبهم.

وقيل: يلزمه عِشْرون، وهو القِياس؛ لأنّ كذا يُذْكر للعَدد عُرفاً، وأقلُّ عددٍ غيرُ مُركَّبٍ يُذْكَر بعده الدِّرْهم بالنَّصب عشرون.

(وكذا كذا، أَحَدَ عَشَرَ) دِرهماً؛ لأنّه ذكرَ عددين مُبْهمين ليس بينهما حرفُ العطف، وأقلُّ ذلك في المُفَسَّر أحدَ عشرَ درهماً.

---

(١) وصائف جمع وصيفة، وهي الجارية، كما في المصباح ٢: ٦٦١

(**ولو ثَلَّثَ**) بغير واو (**فكذلك**)؛ لأنّه لا نظير له سواه.

(**ولو قال: كذا وكذا، فأحدَ وعشرون**)؛ لأنّه نظيرُه من المفسَّر.

(**ولو ثَلَّثَ بالواو تُزاد مئة، ولو رَبَّعَ تُزاد ألفٌ**) اعتباراً بالنَّظير من المُفَسَّر.

(**وكذلك كلُّ مَكيل ومَوزون**).

وهذا كلُّه إذا ذكر الدِّرهمَ بالنَّصب، وإن ذَكَرَه بالخفض بأن قال: كذا درهم عن محمّد ﷺ مئة درهم؛ لأنّ أقلَّ عددٍ يُذكر الدِّرهم عَقيبه بالخَفْض مئةٌ، فإن قال: كذا كذا درهم يلزمه مئتا درهم.

ولو قال: كذا كذا ديناراً أو درهماً فعليه أحدَ عشرَ منهما بالسَّوية عَمَلاً بالشَّركة.

ولو قال: عَشرةٌ ونَيِّفٌ، فالبَيانُ في النَّيِّفِ إليه.

ويُقبلُ تفسيرُه في أقلَّ من درهم؛ لأنّه عبارةٌ عن مطلق الزِّيادة، يُقال: نَيَّفٌ على الشَّيئين إذا زادَ عليهما.

ولو قال: عليَّ بضعةٌ وعشرون، فالبِضْعُ ثلاثة فَصاعداً.

(**ولو قال: مئةٌ ودرهمٌ، فالكلُّ دراهم.**

وكذا كلُّ ما يُكال ويُوزن.

ولو قال: مئةٌ وثوبٌ يلزمُه ثَوبٌ واحدٌ، وتفسيرُ المئةِ إليه)، وهو القياسُ في الدِّرْهم؛ لأنّ المئةَ مُبْهمةٌ، والدِّرْهم لا يصلح تفسيراً؛ لأنّه معطوفٌ عليها، والتَّفسير لا يذكر بحرفِ العَطف.

وجه الاستحسان: وهو الفَرْقُ أنّهم استثقلوا عند كَثْرةِ الاستعمال والوُجوبِ التّكرارَ في كلِّ عددٍ، واكتفوا به مَرَّةً واحدةً عَقِيب العَدَدَين، وذلك في الدَّراهم والدَّنانير والمَكيل والمَوْزون.

أمّا الثِّيابُ وما لا يُكال ولا يُوزن، فهي على الأصل؛ لأنّه لا يَكْثُرُ وجوبُها.

(وكذلك لو قال: مئةٌ وثوبان)؛ لما بيّنّا.

(ولو قال: مئةٌ وثلاثةُ أثواب، فالكلُّ ثيابٌ)؛ لأنّه ذُكِر عَقِيب العَدَدَين ما يَصْلُحُ تَفسيراً لهما، وهو الثِّياب؛ لأنّه ذكرهما بغير عاطف، فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التَّفسير.

وكذلك الإقرارُ بالغَصْب في جميع ما ذكرنا من الصُّور.

قال: **(وإن قال: له عليَّ أو قِبلي فهو دَيْنٌ)**؛ لأنّه مُستعملٌ للإيجاب عُرْفاً، والذِّمّةُ مَحلُّ الإيجاب، فيكون دَيْناً، إلا أن يُبَيِّنَ مَوْصولاً أنّها وديعةً؛ لأنّه يحتملُ مجازاً، فلا يُصدَّقُ إلا بالبَيان مَوْصولاً.

(و)لو قال: **(عندي، ومعي، وفي بيتي)**، فهو **(أمانةٌ)**؛ لأنّه يُستعمل في الأَمانات؛ لأنّه إقرارٌ بكونِهِ في يَدِهِ، والأمانة أدنى من الضَّمان فيَثْبُتُ.

وكذا في كِيسي أو صُنْدوقي وأَشباهِهِ.

(ولو قال له آخر: لي عليك ألف، فقال: اتزنها أو انتقدها أو أَجِّلني بها أو قضيتُكها أو أَجَّلتُك بها، فهو إقرارٌ).

ولو تَصادقا على أنّه قاله على وجهِ السُّخرية لا يلزمه.

وكذلك إذا قال: نعم، أو خذها، أو لم تَحِل بعد، أو غداً أو وكِّل مَن يقبضها، أو أَجِّل بها غريمَك، أو ليست مُيَّسرةً اليوم، أو ما أكثر ما تَتَقاضانيها فيها، أو غَمَمْتَني بها، أو حتى يَقْدُمَ غلامي أو أبرأتني منها.

(ولو لم يَذْكر هاء الكنايةِ لا يكون إقراراً)، والأصلُ: أنّ الجوابَ ينتظم إعادة الخِطاب؛ ليفيد الكلام، فكلُّ ما يَصْلح جَواباً ولا يَصْلح ابتداءً يُجعل جَواباً، وما يَصْلحُ للابتداء لا للبناء أو يَصْلُحُ لهما، فإنّه يُجعل ابتداءً؛ لوقوع الشَّكِّ في كونِهِ جَواباً، ولا يُجعلُ جَواباً؛ لئلا يَلْزمُه المال بالشَّكِّ، فإنّ ذَكَرَ هاء الكِناية يَصْلح جَواباً لا ابتداءً، فيكون مُنْتظماً للسُّؤال، فيَصير كأنّه قال: اتزن الأَلف التي ادَّعيتَها أو قَضَيْتُك الألفَ التي لَكَ، وطَلَبَ التّأجيل لا يكون إلا لواجبٍ، وكذلك القَضاء.

وإذا لم يذكر هاء الكناية لا يَصلحُ جَواباً، أو يَصْلحُ جَواباً وابتداءً، فلا يُجعل جواباً، فلا يكون إِقْراراً.

قال: (**ومَن أقرّ بدينٍ مُؤجَّلٍ وادَّعى المُقَرُّ له أنّه حالٌّ استُحْلِفَ على الأجل**)؛ لأنّه أقرّ بالمال، ثمّ ادّعى حَقّاً، وهو التّأجيل، والمُقَرُّ له يُنكر فيَحْلِف؛ لأنّ اليَمينَ على المُنكر.

قال: (**ومَن أقرّ بخاتم لزمه الحَلَقةُ والفَصُّ**)؛ لأنّ الاسمَ يَتَناولها عُرفاً.

(**و**)إن أقرَّ (**بسَيْفٍ**) لزمه (**النَّصْلُ والجِفْنُ والحَمائل**)[1]؛ لما قُلنا.

قال: (**ومَن أَقَرَّ بثوبٍ في مِنْديل**)، أو في ثوبٍ (**لَزِماه**) معناه أَقَرَّ بالغَصْب؛ لأنّ الثَّوبَ يُلَفُّ في منديل وفي ثَوْب آخر، فكان ذلك ظَرْفاً له.

ولو قال: ثوبي في عَشْرةِ أَثْواب لزمه أَحَدَ عَشَرَ ثوباً عند مُحمَّد ﵁؛ لأنّ النَّفيس من الثِّياب يُلَفُّ في عَشْرة وأكثر، وإذا جازَ ذلك يُحمَلُ على الظَّرف.

وقال أبو يوسف ﵁: لا يَلْزَمُه إلا ثوبٌ واحدٌ؛ لأنّه غيرُ مُعتادٍ وإن كان نادراً، والأَصلُ: براءةُ الذِّمة فلا يجب، ويُحمَلُ على معنى «بَيْنَ»: كقوله تعالى: {فَادْخُلِي فِي عِبَادِي} [الفجر: ٢٩].

---

(١) لأنَّ اسم السيف ينطبق على الكلّ، النصل: حديدته، والجفن: غمده، والحِمائل: وهي علاقته، كما في التبيين ٥: ٩.

قال: **(ومَن أَقَرَّ بخمسةٍ في خمسةٍ لزمه خمسةٌ، وإن أَراد الضَّرب)**؛ لأنّ الضَّربَ لا يُكثِرُ المالَ المَضْروب وإنّما يُكْثِرُ الأَجْزاء، وتَكْثيرُ أجزاءِ الدِّرهم تُوجب تَعَدُّدَه.

وعند زُفر ﷺ: يجبُ خمسةٌ وعشرون؛ لعُرف الحِساب[1].

(ولو قال له: عليَّ من درهم إلى عشرةٍ، أو ما بَيْنَ درهمٍ إلى عَشْرةٍ لزمه تِسْعةٌ)[2].

وقالا: يَلْزمُه عَشْرةٌ.

وقال زُفر ﷺ: ثمانيةٌ، تَسْقُطُ الغايَتان ويَبْقى ما بينهما، وهو القِياس: كقوله له: من هذا الحائطِ إلى هذا الحائط ليس له شيءٌ من الحائطين.

ولهما: وهو الاستحسان أنّ مثل هذا الكلام يُرادَ به الكلّ، كما يقول لغيره: دراهمي من درهم إلى عشرة، فله أن يأخذَ عشرةً وتدخل الغايتان.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ هذا الكلام يُذكر لإرادة الأَقلّ من الأكثر، والأكثرُ من الأقلّ، قال ﷺ: «أعمارُ أُمّتي ما بين السِّتين إلى السَّبعين»[3]، والمرادُ

---

(١) ورجَّحه صاحبُ الفتح٤: ٢٣، وعمدةِ الرِّعاية٢: ٧٥، وإليه يميل كلام ابن عابدين في رَدّ المحتار٢: ٤٣٩.

(٢) وفي التصحيح ص٢٤٩: «هذا أصح الأقاويل عند المحبوبي والنسفي».

(٣) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «عمر أُمتي من ستين سنة إلى سبعين سنة» في سنن الترمذي٤: ٥٦٦، وحسنه، وسنن ابن ماجة٢: ١٤١٥، وصحيح ابن حبان٧: ٢٥٦.

فوق السِّتين ودون السَّبعين، وكذلك في العُرف تقول: عُمري من سِتين إلى سَبعين، ويريدون به أكثر من سِتين وأقلّ من سَبعين، والجميعُ إنّما يُراد فيما طريقُه التَّكرم والسَّماحة، إظهاراً لهما كما ذكراه من النَّظير، ولأنّه لا بُدّ من دُخول الغاية الأُولى ليبتني الحكم عليها؛ لأنّه لولا ثُبوتها يصير ما بعدها غايةً في الابتداءِ، فتَنْتَفي أيضاً، فاحتجنا إلى ثبوتِ الغاية ابتداءً، ولا حاجةَ إلى الأخيرة، بخلاف نظير زُفر ﵁؛ لأنّ الحائطَ غايةٌ موجودةٌ قبل الإقرار، فلا حاجةَ إلى غيره.

قال: (**ويجوزُ الإقرارُ بالحَمْل وله إذا بَيَّنَ سَبَباً صالحاً للملك**)[1].

أمّا الإقرارُ به؛ فلأنّه يجوز أنّه أوصى به آخر، والإقرارُ مظهرٌ له، فيُحْمَلُ عليه تَصْحيحاً لإقرارِهِ.

وأمّا له؛ أمّا إذا ذَكَرَ سَبباً صالحاً: كالإرث والوَصيّة صَحَّ الإقرار لصلاحيّةِ السَّبب، وإن ذكر سَبَباً غيرَ صالح كالبيعِ منه والقَرْضِ والإجارةِ ونحوِها لا يصحُّ؛ للاستحالة.

---

(١) يعني: لو أقرَّ الرَّجلُ بالحملِ، بأن قال: حمل جاريتي هذه لفلان، أو حمل شاتي هذه لفلان، فإنَّه يصحّ؛ لأنَّ في تصحيحِهِ وجهاً وهو الوصيّة من جهةِ غيره، بأن يكون أوصى به رجل ومات، وأقرّوا بأنَّ هذا الحمل لفلان، فيحمل عليه، وإن لم يبيّن السبب، كما في كمال الدراية ق٥٨٩، والرمز٢: ١٥٧.

وإن سَكَتَ، قال مُحمّد ﷺ: يَصِحُّ ويُحمل على الأسباب الصَّالحة تَصْحيحاً لإقراره.

وقال أبو يوسف ﷺ: لا يَصِحُّ[1]؛ لأنّ مُطْلَقَ الإقرارَ يَنْصَرُف إلى الواجب بالمعاملات عادةً فلا يَصِحّ، والأَصْلُ بَراءة الذِّمم.

وإذا صَحَّ الإقرارُ، فإنّ وُلِد في مدّةٍ يُعلمُ وُجُوده وقتَ الإقرار لَزِمَ.

ولو جاءت بولدين فهو بينهما.

وإن وُلِدَ مَيِّتاً فالمالُ لمورثِهِ ومَن أَوْصى له، ويكون بين ورثتِهما؛ لأنّ المالَ إنّما يَنْتَقِلُ إلى الجَنين بعد الولادة، ولم يَنْتَقِل؛ لعدم الأَهْليّة، فبَقِي على مِلْكِ المُوَرِّثِ والمُوصِي، فيُورَثُ عنهما.

فصل

(إذا استثنى بعضَ ما أَقرَّ به مُتْصلاً صَحَّ ولَزِمَه الباقي)، والأصلُ: أن الاستثناءَ تكلّم بالباقي بعد الثُّنيا، والاستثناء صحيحٌ، ويجوز استثناءُ الأكثرِ كما يجوز استثناءُ الأقلِّ، وبكلِّه وَرَدَ النَّصُّ، قال تعالى: {فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ

---

(١) قال في التصحيح: وفي الهداية والأسرار وشرح الإسبيجابي والاختيار والتقريب ونظم الخلافيات ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ﷺ، وذكر في النافع الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وذكر في الينابيع قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، كما في اللباب ١: ٢٤٤.

إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا} [العنكبوت: ١٤]. المعنى: لبث فيهم تسعمائة وخمسين سنة، فهذا استثناءُ الأقلّ من الأكثر. وقال تعالى: {إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِين} [الحجر: ٤٢] وهذا استثناءُ الأكثر؛ لأنّ الذين اتبعوه أكثر العباد.

ولا بُدّ من الاتصال، قال ﷺ: «مَن حَلَفَ، وقال: إن شاء الله مُتّصلاً بيمينِهِ، فلا حِنْثَ عليه»(١)، شرطَ الاتصال في المَشيئةِ وأنّها استثناءٌ؛ ولأنّ الأصلَ لُزُومُ الإقرار؛ لما بيَّنّا، إلا أنَّ القَدرَ المستثنى يُبْطَلُ بالاتصال؛ لأنّ الكلامَ لا يتمّ إلا بآخره، فإذا انقطع الكَلامُ فقد تَمَّ، ولا يُعتبرُ الاستثناءُ بعده، ويَصِحُّ استثناءُ البَعض قلَّ أو كَثُرَ: كقولِه: له عَلِيَّ ألفُ درهم إلا درهماً، فيلزمُه تُسعمئة وتسعةٌ وتُسعون.

ولو قال: إلا تُسعمئة وخَمسين يَلزمه خمسون، وعلى هذا.

(**واستثناءُ الكلِّ باطلٌ**)؛ لأنّه رُجوعٌ؛ لما بَيَّنّا: أنّه تَكَلَّم بالباقي بعد الثُّنيا، ولا باقي، فلا يكون استثناءً، والرُّجوعُ عن الإقرارِ لا يَصِحُّ.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن حَلَفَ فقال: إن شاء الله، فقد استثنى» في صحيح ابن حبان ١٠: ١٨٢، وسنن الدارمي ٢: ٢٤٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٢٥، وسنن النسائي ٣: ١٤١، وقال ﷺ: «مَن حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فقد استثنى، فلا حنث عليه» في سنن الترمذي ٤: ١٠٨، وحسّنه، وقال ﷺ: «مَن حلف فاستثنى فإن شاء رجع وإن شاء ترك غير حنث» في سنن أبي داود ٣: ٢٢٥، ومسند أبي عوانة ٤: ٥١.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهم يا فلانُ إلا عشرةَ صحَّ الاستثناء؛ لأنّ النّداءَ لتنبيه المخاطب، وأنَّه محتاجٌ إليه لتأكيد ذلك، فلا يكون فاصِلاً.

ولو قال: له عَليَّ ألفُ درهم فاشهدوا عليَّ بذلك إلا عشرة دراهم لا يصحُّ الاستثناء؛ لأنَّ الإشهادَ يكون بعد تمام الإقرار، فكان الإشهاد بعد التَّمام.

قال: (**وإن قال: مُتصلاً بإقرارِه إن شاء الله بَطَلَ إقراره**)؛ لما رَوَينا.

(**وكذلك إن عَلَّقه بمشيئةِ مَن لا تُعرَفُ مَشيئتُه: كالجنِّ والملائكة**)؛ لأنّ الأصلَ بَراءةُ الذِّمم فلا يَثْبُتُ بالشَّكِّ.

وإن قال: إن شاء فلان فشاء لا يَلْزَمُه شيءٌ؛ لأنّ مشيئةَ فلان لا تُوجِبُ الملك، وكذلك إن جاء المطر أو هَبَّت الرِّيح أو كان كذا؛ لما بَيَّنّا.

قال: (**ومَن أَقرَّ بمائةِ دِرْهم إلا ديناراً، أو إلا قَفيز حنطةٍ لزمه المئة، إلا قيمة الدِّينار أو القَفيز، وكذلك كلُّ ما يُكالُ أو يُوزَنُ أو يُعَدُّ.**

ولو استثنى ثَوْباً أو شاةً أو داراً لا يَصِحُّ).

وقال مُحمّد ﵁: لا يَصِحُّ في الكلّ؛ لأنَّ المستثنى غيرُ داخلٍ في الإيجاب، والاستثناءُ ما لولاه لدخل تحت المستثنى منه، فلا يكون استثناء.

ولهما: أنّ ما يجبُ في الذِّمّة كلُّه كجنسٍ واحدٍ نَظَراً إلى المقصودِ، وهو الثَّمنيّةُ التي يُتَوسَّلُ بها إلى الأَعيان.

أمّا الثَّوبُ وأخواتُه ليس بثمنٍ أَصلاً، حتى لا يجب في الذِّمّةِ عند الإطلاق، وإنّما يجبُ الثَّوب نَصَّاً لا قِياساً، فما يكون ثَمناً يَصْلُحُ مُقَدِّراً للدِّرهم، فيصير بقَدْرِه مستثنى، وما لا فلا، فيَبْقى المستثنى مجهولاً، فلا يصحّ.

ولو قال: له عليَّ ألفٌ إلاّ شيئاً لَزِمُه نصفُ الألف وزيادة، والقَولُ قولُه في الزِّيادة؛ لأنّ الجهالةَ في المُقَرِّ به غيرُ مانعةٍ، ففي المُستثنى أولى، إلاّ أنّ قولَه: شيء؛ يُعبَّرُ به عن القليل عرفاً فيكون أقل من الباقي.

ولو قال: له عليَّ مئةُ درهمٍ إلا قليلاً، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: عليه أَحَدٌ وخَمْسون.

ولو قال: عشرةٌ إلا بعضَها، فعليه أكثرُ من النِّصف.

ولو قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ إلاّ عَشْرَةَ دنانير إلا قيراطاً، لَزِمَه ألفُ دِرهم إلا عشرةَ دنانير إلا قِيراطاً؛ لأنّ استثناء العَشْرَة دنانير صحيحٌ، واستثناءُ القِيراط من العَشْرةِ صحيحٌ أيضاً؛ لأنّ الاستثناءَ من الاستثناء صَحيحٌ، ويُلْحَقُ بالمُستثنى منه، قال الله تعالى: ﴿ إِلاَّ آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِين إِلاَّ امْرَأَتَهُ﴾ [الحجر: ٥٩-٦٠]، استثنى آل لوط من الهالكين، ثمّ استثنى امرأته من النّاجين، فكانت من الهالكين.

قال: (**ولو قال: غَصَبْتُه من زيدٍ لا بل من عمرو، فهو لزيدٍ وعليه قيمتُه لعمرو**)؛ لأنّ قوله: من زيدٍ إقرارٌ له، ثمّ قولُه: «لا» رجوعٌ عنه، فلا يُقْبَلُ،

وقوله: «بل من عمرو» إقرارٌ منه لعمرو، وقد استهلكه بالإقرار لزيدٍ، فيَجِبُ قيمتُه لعمرو.

ولو قال: له عليَّ ألفٌ لا بل ألفان يَلزمه ألفان استحساناً.

وفي القياس: يلزمه ثلاثةُ آلاف، وهو قول زُفر ﷺ.

ولو قال : غَصَبْتُه عبداً أسودَ لا بل أبيضَ، لزمه عَبدٌ أبيضٌ.

ولو قال: غَصَبْتُه ثَوباً هَرَوياً لا بل مَرَوياً لَزِمَاه.

وكذا: له عَليَّ كُرُّ حِنْطةٍ لا بل كرُّ شعير لَزِمَاه.

ولو قال: لفلان عليَّ ألفُ درهمٍ لا بل لفلان لزمه المالان.

ولو قال: له عليَّ ألفٌ لا بل خمسمئة لزمه الألف.

والأصلُ في ذلك أنّ: «لا بل»؛ متى تخلَّلت بين المالين من جنسين لَزِماه، وكذلك من جنس واحدٍ إذا كان المُقَرُّ له اثنين، وإذا كان واحداً والجنسُ واحدٌ لَزِمَ أكثرُ المالين؛ لأنّ: «لا بل»؛ لاستدراكِ الغَلَطَ، والغَلَطُ إنّما يقعُ غالباً في جنسٍ واحدٍ، إلاّ أنّه إذا كان لرجلين كان رجوعاً عن الأوّل فلا يُقْبَلُ، ويَثْبُتُ للثَّاني بإقرارِهِ الثَّاني، وإذا كان الإقرارُ الثَّاني أكثرَ صَحَّ الاستدراك، ويُصَدِّقُه المُقَرَّ له، وإن كان أقلَّ كان مُتَّهَماً في الاستدراك، والمُقَرُّ له لا يُصَدِّقُه فيلزمُه الأكثرُ.

وجه قول زُفر ﷺ: أنّه أَقَرَّ بألفٍ فيَلْزَمُه، وقوله: «لا»؛ رجوعٌ فلا يُصَدَّقُ فيه، ثمّ أَقَرَّ بأَلفين فصحَّ الإقرارُ، وصار كقوله: أنت طالقٌ واحدةً لا بل ثنتين.

وجوابه: أنّ الإقرارَ إخبارٌ يجري فيه الغَلَطُ، فيَجري فيه الاستدراكُ، فيلزمُه الأكثرُ، والطَّلاقُ إنشاءٌ، ولا يَمْلِكُ إبطالَ ما أَنْشأ فافترقا.

قال: (**ومَن أَقَرَّ بشيئين، فاستثنى أحدَهما أو أحدَهما وبعضَ الآخر، فالاستثناءُ باطلٌ، وإن استثنى بعضَ أحدِهما أو بعضَ كلِّ واحدٍ منهما صَحَّ ويُصْرَفُ إلى جنسِهِ**).

وصورتُه إذا قال: له عليَّ كرُّ حِنطةٍ وكُرُّ شَعيرٍ إلا كُرَّ حِنطة، أو قال: إلا كُرَّ حِنطة وقَفيزَ شَعير، فهذا باطل.

وقالا: يَصِحُّ استثناءُ القَفَيز، وهو نظيرُ اختلافِهم في قوله: أنتَ حُرٌّ وحُرٌّ إن شاء الله، وأنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، فإنّه يبطل الاستثناء عنده، ويقع الطَّلاق والعِتاق.

وعندهما: الاستثناءُ صحيحٌ؛ لأنّه كلامٌ متصلٌ؛ لأنّ قولَه: إلاّ كرّ حنطةٍ استثناءٌ صحيحٌ لفظاً، إلا أنّه غيرُ مفيد، وإذا كان كلاماً مُتصلاً كان استثناءُ القَفيز مُتصلاً فيصحُّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ استثناءَ الكُرِّ باطلٌ بالإجماع، فكان لَغواً، وكان قاطعاً للكلام الأَوَّل، فيكون الاستثناءُ مُنْقطعاً، وهكذا قوله: و«ثلاثاً» و«حُرٌّ» لغوٌ لا حاجة إليه.

ولو قال: إلا قَفيزَ حِنْطة، أو إلا قَفيز شعير صَحَّ الاستثناء؛ لعدم تخلُّل القاطع.

وكذا لو قال: إلا قَفيز حِنْطة وقَفيز شَعير؛ لأنّ قولَه: إلا قَفيزَ حِنْطةٍ استثناءٌ صحيحٌ مُفيدٌ، فلا يكون قاطعاً، فيَصِحُّ العَطفُ عليه، فيلزمه كُرُّ حِنطةٍ وكرُّ شعيرٍ إلا قَفيز حِنطة وقَفيز شَعير.

قال: (**واستثناء البناء من الدَّار باطل**) مثل أن يقول: هذه الدَّار لفلانٍ إلا بناءَها، أو قال: وبناؤها لي[1]؛ لأنّ البناءَ داخلٌ في هذا الإقرار معنى؛ لأنّ البِناءَ تَبَعٌ للأرض، والاستثناءُ تَصرُّفٌ في الملفوظ.

وعلى هذا النَّخلُ والشَّجرُ مع البُستان، والظِّهارةُ والبِطانة من الجُبّة، والفَصُّ من الخاتم؛ لأنّ الاسمَ يَتَناول الكُلّ، ولا قِوام لهذه الأشياء بدون ما استثناه، فيكون باطلاً.

---

(١) لأنَّ البناءَ دخل في لفظِ الإقرارِ بالدارِ تبعاً لا مقصوداً، فإنَّ اسمَ الدَّارِ لا يتناول البناء مقصوداً؛ لأنَّ الدارَ اسمٌ للعرَصَة، والبناء وصفٌ فيه، والوصفُ يدخل تبعاً لا قصداً، والاستثناءُ تصرّف لفظيّ، فما يتناوله اسمُ الدَّار لا يتحقَّق فيه عمل الاستثناء، فلا يصحّ؛ لأنَّ ما كان كذلك لا يصحّ استثناؤه، كما في عمدة الرعاية ٦: ٢٦٥-٢٦٦.

ولو قال: إلاّ ثلثَها أو إلاّ بَيْتاً منها صحّ؛ لأنّه داخلٌ فيه لَفْظاً.

(ولو قال: بناؤها لي والعَرْصة[1] لفلان، فكما قال)؛ لأنّ العَرَصةَ اسم للبُقْعةِ دون البناء.

ولو أَقرّ له بحائطٍ لَزِمَه بأرضه؛ لأنّ الحائطَ اسم للمبنى، ولا يُتصوَّر بدون الأرض.

وكذلك إذا أَقَرَّ له بأُسْطوانةٍ من آجرّ ، وإن كانت من خَشَبٍ لا يَلْزَمُه الأرض؛ لأنّ الخَشَبةَ تُسمَّى أُسْطوانةً قبل البَناء، فإن أَمْكَنه رفعَها بغير ضرر رفعها، وإلا ضَمِن قيمتها للمُقَرِّ له كما في غَصِبِ السَّاجة[2].

ولو أقرّ بثمرةِ نَخْلةٍ لا تَدْخُلُ النَّخْلةُ.

ولو أَقرَّ بنَخْلةٍ أو شَجْرةٍ يلزمُه موضعُها من الأرض؛ لأنّه لا يُسمّى شجرةً ونَخْلاً إلا وهو ثابتٌ، وكذلك الكَرْم، ولا يلزم الطَّريق؛ لأنّه ليس من ضَرورات الملك.

---

(١) عَرَصَةُ الدار: ساحتُها، وهي البقعةُ الواسعة التي ليس فيها بناء، وسُمِّيت ساحةُ الدَّارِ عَرَصَةً؛ لأنَّ الصبيانَ يعترصونَ فيها؛ أي يلعبون ويمرحون، كما في المصباح المنير ص٤٠٢.

(٢) وهي خشبةٌ منحوتةٌ مهيَّأةٌ للأساسِ عليها، كما في شرح الوقاية، والسَّاج: شجرٌ يعظم جداً، قالوا ولا ينبت إلا ببلاد الهند، كما في المغرب ص٢٣٧.

قال: (**ولو قال له: عليَّ ألفٌ من ثمنِ عبدٍ لم أقبضه ولم يُعيِّنه لزمه الألف**)[1] وصل أم فصل، ولا يُصدَّق في قوله: «ما قبضته»؛ لأنّ عليَّ للإلزام.

وقولُه: «لم أقبضه» يُنافي ذلك؛ لأنّه لا يجب إلا بعد القَبض، وهو غيرُ عَيْن، فأيَّ عبدٍ أَحْضَره يقولُ: المَبيع غيرُه، فعُلِم أن قولَه: «لم أقبضه» جُحُوداً بعد الإقرار فلا يُقبلُ.

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ ﵄: إن صَدَّقَه في أنَّه ثمنٌ صُدِّق وَصَلَ أم فَصَل، وإن كَذَّبه وقال: لي عليك ألفٌ من قَرْضٍ أو غَصْبٍ أو غيرِ ذلك إن وَصَلَ صُدِّقَ وإلا فلا.

ووجهه: أنّهما إذا تصادقا على الجهة، فقد تَصادقا على أنّ المُقَرَّ به ثمنٌ، فلا يلزمه قبل القَبْض، والمُقَرُّ يُنكرُ القَبْض، فالقولُ قولُه وَصَلَ أم فَصَلَ، ومتى كذَّبه كان تَغييراً لإقراره، فإن وَصَلَ صُدِّق، وإلا فلا.

قال: (**وإن عَيَّن العبد، فإنّ سلَّمَه إليه لزمَتُه الألف، وإلا فلا**)، وهذا إذا صَدَّقه؛ لأنّهما إذا تَصادقا على ذلك صار كابتداءِ البيع.

---

(١) واعتمد قوله البرهانيّ والنَّسفيّ وصدرُ الشريعة وأبو الفضل الموصليّ، كما في التصحيح ص٢٥٠.

وإن قال له: العبدُ في يدِك وما بعتُك غيره لزمه المال؛ لأنّه إقرارٌ به عند سلامة العبد، وقد سَلِم.

ولو قال: العبدُ عبدي ما بعتُكَه لا يَلْزَمُه شيءٌ؛ لأنّه إنّما أقرَّ بالمال عِوَضاً عن هذا العبد، فلا يلزمه دونه.

ولو قال: إنّما بعتُك غيره يتحالفان على ما مَرّ.

قال: (**وإن قال: من ثَمَنِ خمرٍ أو خنزيرٍ لزمته**).

وقالا: لا يَلْزَمُه إن وَصَل؛ لأنّ بآخر كلامه ظَهَرَ أنّه ما أراد الإيجاب كقوله: إن شاء الله تعالى.

وله: أنّ هذا رجوعٌ فلا يُقْبَلُ؛ لأنّ ثمنَهما لا يكون واجباً، وما ذكرا فهو تَعْليقٌ، وهذا إبطالٌ.

(**ولو قال: من ثَمَنِ مَتاعٍ أو أقرضني ثمّ قال: هي زُيُوفٌ**[1] **أو نَبَهرجةٌ**[2]**، وقال المُقَرُّ له: جيادٌ، فهي جيادٌ**).

---

(١) وهي المغشوشةُ التي يتجوّز بها التجّار، ويردّها بيت المال، كما في رد المحتار ٣: ١٣٣.

(٢) وهي ما يرده التجار: أي المتشدد منهم، والمسهل منهم يقبلها، كما في رد المحتار ٣: ١٣٣.

وقالا: يُصَدَّقُ إن وَصَلَ، وعلى هذا إذا قال: هي سَتُّوقة[1] أو رَصاص.

لهما: أنّه بيانٌ مُغَيِّرٌ؛ لأنّ اسم الدّراهم يتناول هذه الأنواع فيصحُّ موصولاً، كما تقدَّم وصار كقوله: إلا أنّها وزنَ خمسة.

وله: أن مُقتضى العقد يقتضي السَّلامة عن العَيب، فإقرارُه يقتضي الجِياد، ثمّ قوله: «هي زُيُوف» إنكارٌ، فلا يُصدَّق، فصار كما إذا ادَّعى الجِياد، وادّعى المشتري الزُّيُوف يلزمُه الجِياد عملاً بما ذكرنا من الأصل.

وقوله: «وزن خمسة»؛ مِقْدارٌ فيصحُّ استثناؤه، ولا يصحُّ استثناءُ الوَصْف؛ لما مَرَّ في البناء.

(ولو قال: غَصَبتُها منه، أو أَوْدَعَنيها صُدِّق في الزُّيوف والنَّبَهرجة)؛ لأنّ الغَصْبَ يَرِدُ على ما يجده، والإنسانُ يودِع ما يَمْلِكُه، وذلك لا يقتضي السَّلامة عن العُيُوب.

(وفي الرَّصاصِ والسَّتُوقةِ إن وصل صُدِّق وإلا فلا)؛ لأنّهما ليسا من جنس الدَّراهم؛ لأنّ الاسم يتناولهما مجازاً؛ فلذلك يُشترط الوَصل.

ولو قال: له عليَّ ألفٌ إلا أنّها تَنْقُصُ كذا، فهو استثناءٌ صحيحٌ إن وَصَلَ صُدِّقَ وإلا فلا.

---

(١) السَتُّوقةُ: ما غَلَبَ عليه غشُّهُ، كما في شرح الوقاية.

فصلٌ

(وديونُ الصِّحّة وما لزمه في مرضِه بسببٍ مَعْروفٍ مُقدَّمٌ على ما أَقَرَّ به في مرضِهِ، وما أَقرّ به في مَرَضِهِ مُقدَّمٌ على الميراث)(١)، ومعناه أنّه يُقْضَي دين الصِّحة والدَّين المعروف السَّبب، فإن فَضَلَ شَيءٌ قَضَىٰ ما أَقرَّ به في مَرضِه، فإن فَضَلَ شيءٌ فللورثة.

والدَّليلُ عليه: أنّه تَعَلَّقَ حَقُّ غُرماء الصِّحّة بمالِهِ بأَوَّل مرضِهِ حتىٰ يَنْتَقِضُ تبرُّعُه لحقِّهم، ففي إقرارِهِ لغيرِهم إبطالُ حقِّهم فلا يصحُّ.

وكذا لا يجوز أن يُقرَّ بعينٍ في يدِه وعليه ديونٌ، وهذا لأنَّ الإقرارَ حُجّةٌ قاصرةٌ، فلا يثبتُ في حَقِّ غيره، وما ثَبَتَ بالبيِّنةِ أو بمعاينةِ القاضي حُجّةٌ في حَقِّ الكافّة، فكان أولىٰ.

وكذلك النِّكاحَ؛ لأنّه من الحوائجِ الأصليّة.

وكذا الدُّيون المعروفة السَّبب؛ لأنّه لا تهمةَ فيها.

---

(١) فعن عطاء ﵁، قال: «لا يجوز إقرار المريض» في مصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٣٢، قال ابن التركماني في الجوهر النقي ٦: ٨٥: «وهذا سند صحيح جليل».
وعن الشَّعبيّ، عن شريح﵁:«أنَّه كان يجيز اعتراف الرَّجل عند موته بالدَّين لغير وارث، ولا يجيزه لوارث إلا ببينة» في مصنف ابن أبي شيبة ١٠: ٦٦١.

وكذا لا يجوز له أن يَقْضِي دين بعض الغُرماء دون البَعض؛ لما فيه من إبطالِ حقِّ الباقين.

فإذا قُضِيت ديونُ الصِّحّةِ والمعروفةِ الأسبابِ يُقضىٰ ما أَقَرَّ به في مرضِهِ، كما لو لم يكن عليه دَيْنُ الصِّحّةِ، وكان أَحقَّ من الوَرَثةِ لحاجتِهِ إليه؛ لأنّ مالَه إنّما يَنْتَقِلُ إلىٰ الورثةِ عند فَراغ حاجتِهِ، وفَراغُ ذِمَّتِه من أَهمِّ الحَوائج.

قال: (**وإقرارُ المَريض لوارثِه باطلٌ إلا أن يُصَدَّقَه بقيّةُ الوَرثة**)، قال ﷺ: «لا وَصيّةَ لوارثٍ، ولا إقرارَ بدين»[1]؛ ولأنّه تَعَلَّقَ به حَقُّ جميع الوَرَثة، فإقرارُه لبعضِهم إبطالٌ لحقِّ الباقين، وفيه إيقاعُ العَداوة بينهم؛ لما فيه من إيثارِ البَعضِ علىٰ البعضِ، وأنّه مَنْشأٌ للعَداوةِ والبَغضاء، وقَضيّةُ يوسف عليه السلام وإخوتِه أكبرُ شاهدٍ.

وكذا لا يَصِحُّ إقرارُه أنّه قَبَضَ منه دينَه أو رَجَعَ فيما وهبَه منه في مرضِه، أو قَبَضَ ما غَصَبَه منه، أو رَهَنَه عنده، أو استردَّ المبيعَ في البَيع الفاسد؛ لما بيَّنّا.

وكذا لا يجوز ذلك لعبدِ وارثه ولا مكاتَبه؛ لأنّه يقع لمولاه ملكاً أو حَقّاً.

---

(١) فعن جعفر بن محمد، عن أبيه رضي الله عنه، قال: قال النبي ﷺ: «لا وصية لوارث، ولا إقرار بدين» في السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٤١، وسنن الدارقطني ٥: ٢٦٨.
وعن ابن سيرين، عن شريح، قال: «لا يجوز إقرار لوارث» في سنن الدارمي ٤: ٢٠٦٢، وسنن سعيد بن منصور ١: ١٢٥.

ولو صَدَرت هذه الأشياء منه للوارث، وهو مريضٌ، ثمّ برأ، ثمّ مات جاز ذلك كلُّه؛ لأنّه لم يكن مرضَ الموت، فلم يتعلَّق به حقُّ الوَرثة.

ولو أَقَرَّ لأخيه، وهو وارثُه، ثمّ جاءَه ابنٌ ومات صَحَّ الإقرارُ لأَخيه.

ولو أَقَرَّ له وله ابنٌ فمات الابنُ ثمّ مات الْمُقِرُّ بَطَلَ الإقرارُ للأخ؛ وهذا لأنّ الوارثَ مَن يرثُه، وذلك إنّما يتبيَّن بالموت، ففي المسألةِ الأُولى لم يرثْ فصحَّ، وفي الثَّانيةِ وَرِث فلم يَصِحَّ.

(ومَن طلَّقَ امرأتَه في مرضِهِ ثلاثاً ثمّ أَقَرَّ لها ومات، فلها الأقلُّ من الإقرار والميراث).

وكذا لو تَصادقا على الطَّلاقِ وانقضاءِ العدّةِ في مرضه، ثمّ أَقَرَّ لها أو أوصى.

وقالا: لها في الثَّانية ما أَقَرَّ لها أو أوصى.

وقال زُفر رضي الله عنه: في الأُولى كذلك أيضاً؛ لكونها أَجنبيّة في المَسألتين.

ولهما: أنّها أجنبيّةٌ بالطَّلاقِ وانقضاءِ العدّةِ، فيصحُّ لها الإقرارُ والوَصيةُ؛ لعدم التُّهمة، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنّ بقاءَ العِدّةِ دليلُ التُّهمة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ التُّهمةَ قائمةٌ، فإنّها تختارُ الفُرقة؛ لينفتح عليها باب الوَصية والإقرار، فيَصِل إليها أكثرُ من ميراثها، ويَصْطَلِحان على البَيْنونة وانقضاء العدّة لذلك، فإن كانت الوَصيةُ أكثرَ من ميراثها جاءت

التُّهمة، وفيه إبطالُ حقُّ الورثة فلا يجوز، وإن كان الميراثُ أكثرَ، فلا تهمة، فيجوز الإقرار والوَصيّة.

قال: (**وإن أَقَرَّ المريضُ لأَجنبيٍّ ثمّ قال: هو ابني بَطَلَ إقرارُه، وإن أَقَرَّ لامرأةٍ ثمَّ تَزوَّجها لم يبطل**)؛ لأنّ البُنوَّةَ تستندُ إلىٰ وقتِ العُلُوق، فكان ابناً له وقتَ الإقرار، فتبيَّن أنّه كان وارثاً وقت الإقرار، والزَّوجيةُ تَقْتَصِرُ علىٰ حالة العَقْد، فصحَّ الإقرارُ؛ لكونها أَجنبيّةً فلا يبطل، حتىٰ لو أَوْصىٰ لها أو وَهَبَها ثمّ تزوَّجها لا يصحّ؛ لأنّ الوَصيّةَ إنّما تصحُّ بعد الموت، وهي وارثةٌ، والهِبةُ في المَرَض وصيّةٌ فكانت كهي.

قال: (**ويصحُّ إقرارُ الرَّجلِ بالوَلَدِ والوَالدين والزَّوجةِ والمولى إذا صدَّقوه**) إذا كان الولدُ يُعبِّر عن نفسِهِ، وإلا يثبت بمَجرَّدِ الدَّعوىٰ منه؛ لما فيه من النَّظر له من ثبوتِ النَّسبِ ووجوبِ النَّفقةِ وغير ذلك.

(**وكذلك المرأةُ إلاّ في الولدِ، فإنّه يتوقَّفُ على تصديقِ الزَّوج أو شهادة القابلة**)، وأصلُه: أنّ شرطَ صحّةِ هذا الإقرار تصديقُ الْمُقَرِّ له؛ ليصير حجّةً في حقِّه، فيلزمهما الأحكام بتصادقِهما، وتَصَوُّر كَوْنِهِ منه؛ لئلا يُكذِّبه العَقْلُ، وأن لا يكون معروفَ النَّسب من غيرِه؛ لئلا يُكذِّبُه الشَّرع.

وأمّا المرأةُ؛ فإنّها تحتاجُ إلىٰ تصديقِ الزَّوج؛ لأنّ فيه تحمَّل النَّسب عليه، فلا يُقبل إلا بتصديقِهِ أو ببيّنةٍ، وهي شهادةُ القابلةِ علىٰ ما يُعْرَفُ في موضعِهِ إن شاء الله تعالىٰ.

وإذا صَحَّ الإقرارُ بهؤلاء لا يَملك الرُّجوع فيه؛ لأنّ النَّسبَ إذا ثَبَتَ لا يَبْطُلُ بالرُّجوع.

وله الرُّجوع إذا أَقرَّ بمَن لا يثبتُ نسبُه كقرابةِ غير الوِلاد؛ لأنّه وصيّةٌ معنى، وإنّما لا يصحُّ النَّسبُ بغيرِ قَرابةِ الوِلادِ بالإقرار؛ لما فيه من تحمُّلِ النَّسبِ على الغير، فالأخُ نسبُه إلى الأب، والعَمُّ إلى الجدِّ وهكذا، لكن إذا لم يكن له وارثٌ غيرُه وَرِثَه؛ لأنّ إقرارَه تَضَمَّن أمرين:

١. تحمّلُ النَّسبِ على غيرِهِ، ولا يَمْلِكُه فبَطَلَ.

٢. والإقرارُ له بالمال، وإنّما يَمْلِكُه عند عَدِم الوارث فيَصِحُّ.

(**ومَن مات أبوه فأقرَّ بأخ شاركه في الميراث**)؛ لأنّه اعترفَ له بنصفِ الميراث، (**ولا يَثْبُتُ نسبُهُ**)؛ لما بيّنّا.

ثمّ التَّصديقُ يصحُّ بعد الموت في النَّسب؛ لبقائه.

وكذا تصديقُ الزَّوجة؛ لبقاءِ أحكامِه، وهو غسلُها له والعِدّة.

ولا يصحُّ تصديق الزَّوج؛ لانقطاع النّكاح بالموت، حتى لا يجوز له غسلُها، فصار كالتَّصديق بعد هلاك العين.

وعندهما: يصحُّ؛ لأنّ الإرثَ من الأحكام.

*   *   *

كتاب الشَّهادات

أصلُ الشَّهادة الحضور، قال ﷺ: «الغنيمةُ لَمَن شهد الوقعة»[١]: أي حضرَها، ويُقال: فلانٌ شَهِدَ الحَرْب، وشَهِدَ قَضِيَّة كذا: إذا حَضَرَها، وقال:

إذا عَلِموا أنّي شَهِدْتُ وغابوا[٢]

أي حضرتُ ولم يحضروا.

والشَّهيدُ: الذي حَضَره الوَفاةُ في الغَزو، حتى لو مَضَى عليه وقتُ صَلاةٍ، وهو حَيٌّ لا يُسمَّى شَهيداً؛ لأنّ الوَفاةَ لم تحضره في الغَزو.

وفي الشَّرع[٣]: الإخبارُ عن أَمرٍ حَضَرَه الشُّهود وشاهدوه إمّا مُعاينةً: كالأَفعال نحو: القَتْل والزِّنا، أو سَماعاً: كالعُقُودِ والإقرارات، فلا يجوز له أن

(١)فعن عمر رضي الله عنه موقوفاً: «الغنيمة لمن شهد الوقعة» في معرفة السنن١١: ٧١، والسنن الصغير٧: ٤٧٥، ومصنف ابن أبي شيبة٦: ٤٩٤.

(٢) هذا عجز بيت لأبي فراس الهمداني، وشطره: ولو عرفوني حق معرفتي بهم، كما في يتيمة الدهر١: ٩٤، والمنتظم في تاريخ الملوك١٤: ٢٣٠.

(٣) اصطلاحا: إخبار صدق بإثبات حقٍّ بلفظِ الشهادةِ في مجلس القضاء، فتخرج شهادةُ الزّور، فليست شهادة، فتح، كما في الشلبي٤: ٢٠٧.

وسبب أدائها: إما طلب المدعي منه الشهادة، أو خوف فوت حقّ المدّعي إذا لم يعلم المدعي كونه شاهداً، كما في العناية٧: ٣٦٥.

وركنها: قول الشاهد: أشهد بكذا وكذا، وفي متعارف الناس في حقوق العباد: هو الإخبارُ عن كون ما في يد غيره لغيره، فكلُّ مَن أخبر بأنَّ ما في يد غيره لغيره فهو شاهد، وبه ينفصل عن المُقِرّ والمُدَّعي والمُدَعىٰ عليه.

وشروط تحمّلها، هي:

١ .أن يكون عاقلاً وقت التحمّل؛لأنَّ تحمّلَ الشهادة عبارةٌ عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط، وهي العقل.

٢ .أن يكون بصيراً وقت التحمّل؛ لأنَّ الشرطَ هو السماع مِنَ الخصم؛ لأنَّ الشهادةَ تقع له، ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية؛ لأنَّ النغمات يشبه بعضها بعضاً.

وأما البلوغ والإسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل، بل من شرائطِ الأداءِ، حتىٰ لو كان وقت التحمّل صبيّاً عاقلاً أَو أَو كافراً أَو فاسقاً ثُمّ بلغ الصبيُّ وأَسلم الكافر وتاب الفاسقُ، فشهدوا عند القاضي، تقبلُ شهادتهم.

٣.أن يكون التحمّل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلاّ في أشياء مخصوصة يصحّ التحمل فيها بالتسامع من الناس، كالنكاح والنسب والموت.

وشروط أدائها:

١ .العقل؛ لأنَّ مَن لا يعقل لا يعرف الشهادة، فكيف يقدر علىٰ أدائها.

٢ .البلوغ؛ فلا تقبل شهادةُ الصبيّ العاقل.

٣.بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومُحمّد ﵄، فلا تقبل شهادة الأعمىٰ عندهما، سواء كان بصيراً وقت التحمّل أو لا، وعند أبي يوسف ﵁: ليس بشرط، حتىٰ تقبل شهادته إذا كان بصيراً وقت التحمُّل.

٤. النطق؛ فلا تقبل شهادةُ الأخرس.
٥. العدالة لقبول الشهادة على الإطلاق، فإنَّها لا تقبل على الإطلاق دونها.
٦. لفظ الشهادة، فلا تقبل بغيرها من الألفاظ: كلفظ الإخبار والإعلام ونحوهما.
٧. أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى، فإن خالفتها لا تقبل إلا إذا وفق المدعي بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق.
٨. أن تكون الشهادة بمعلوم؛ لأنَّ علم القاضي بالمشهود به شرط صحّة قضائه.
٩. أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة، حتى لو ظنّ لا تحلّ له الشهادة.
١٠. أن تكون في مجلس القاضي؛ لأنَّ الشهادةَ لا تصير حجّة ملزمة إلا بقضاء القاضي، فتختصّ بمجلس القضاء.
١١. الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعي بنفسه أو نائبه؛ لأنَّ الشهادة في هذا الباب شُرِعَت لتحقيق قول المدعي، ولا يتحقق قوله إلا بدعواه.
١٢. العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرِّجال.
١٣. اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد، فإن اختلفا لم تقبل.
١٤. الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص ؛ لأنَّ الحدودَ والقصاصَ مبناهما على الدرء والإسقاط بالشبهات، وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة؛ لأنَّهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدِين، فيورث ذلك شبهة.
١٥. إسلام الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلماً؛ لأنَّ الشهادةَ فيها معنى الولاية، وهو تنفيذُ القول على الغير، ولا ولاية للكافر على المسلم، فلا شهادة له عليه.
١٦. عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلّها إلا حدَّ القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها إذا تقادم العهد إلاّ على حدّ القذف.

يَشْهَدَ إلاّ بما حَضَرَه وعَلِمَه عِياناً أَوَ سماعاً؛ ولهذا لا يجوز له أداءُ الشَّهادة حتى يذكر الحادثة، قال ﷺ: «إن علمت مثل الشَّمس فاشهد وإلا فدع»(١).

وهي حُجّةٌ مُظهرةٌ للحَقِّ مَشروعةٌ، قال تعالى: {وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ}[البقرة: ٢٨٢]، وقال: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ} [الطلاق: ٢] وقال ﷺ: «شاهداك أو يمينُه ليس لك إلا ذلك»(٢)، وقال ﷺ:

١٨.الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص، حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة، وهي الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، كما في البدائع٦: ٢٦٦ـ ٢٨٣.

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: «ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة، فقال لي: يا ابن عباس، لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس، وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس» في المستدرك٤: ١١٠، وصححه، والسنن الصغير للبيهقي٤: ١٥٠، وسنن البيهقي الكبير١٠: ٢٦٣.

(٢) فعن ابن مسعود رضي الله عنه، قال ﷺ: «شاهداك أو يمينه» في صحيح البخاري٣: ١٧٩و، وصحيح مسلم١: ١٢٣.

وعن وائل بن حجر رضي الله عنه، قال: «كنت عند رسول الله ﷺ فأتاه رجلان يختصمان في أرض، فقال أحدهما: إن هذا انتزى على أرضي يا رسول الله، في الجاهلية وهو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ربيعة بن عبدان، فقال له: «بينتك»، قال: ليس لي بينة، قال: «يمينه» قال: إذا يذهب بها، قال: «ليس لك إلا ذلك»، قال: فلما قام ليحلف، قال رسول الله ﷺ: «من اقتطع أرضا ظالما لقي الله عز وجل يوم القيامة، وهو عليه غضبان» في مسند أحمد٣١: ١٥٤، وشرح مشكل الآثار٨: ٢٥٥، ومسند البزار١٠: ٣٤٥، مستخرج أبي عوانة٤: ٥٤.

«البَيِّنةُ على المدعي»[1]، والبيّنةُ: الشَّهادة بالإجماع، ولأنّ فيها إحياءُ حقوق النّاس، وصون العقود عن التّجاحد، وحفظ الأموال على أربابها، قال ﷺ: «أكرموا شهودكم، فإنّ الله تعالى يستخرج بهم الحقوق»[2].

قال: (**مَن تَعَيَّنَ لتحمُّلِها لا يَسَعُه أن يمتنعَ إذا طُولب**)؛ لما فيه من تَضييع الحقوق، وإن لم يَتَعَيَّن فهو مُخَيَّرٌ، ولا بأس بالتَّحرُّز عن التَّحمُّل.

(**فإذا تحمَّلَها وطُلِبَ لأدائها يُفترض عليه**)؛ لقوله تعالى: {وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُواْ}[البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى: {وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ} [البقرة : ٢٨٣]، ولأنّه إضاعةٌ لحقوقِ النّاس، فيحرمُ الامتناع.

(**إلا أن يقومَ الحقُّ بغيره**) بأن يكون في الصَّكِّ سِواه مَن يَقُوم الحقُّ به، فيجوزُ له الامتناع[3]؛ لأنّ الحقَّ لا يَضِيعُ بامتناعِهِ، ولأنّها فَرْضُ كفايةٍ.

ولا بُدَّ من طَلَبِ المدَّعِي؛ لأنّها حقُّه.

---

(١) فعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه، قال ﷺ في خطبته: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» في سنن الترمذي٣: ٦١٨، وسنن الدارقطني٥: ٢٦٧.

(٢) فعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال ﷺ: «أكرموا الشُّهود، فإنّ اللهَ يستخرج بهم الحقوق، ويَدفَعُ بهم الظُّلم» في مسند القضاعي١: ٤٢٦، وأمالي أبي يعلى الفراء١: ١٥، والبلدانيات للسخاوي١: ٢٠٨، وقال: ضعيف جداً، وتاريخ دمشق٥: ٢١٦.

(٣) قال الرمليّ: قال في «الجوهرة»: وكذا إذا خاف الشاهد على نفسه من سلطان جائر أو غيره، أو لم يتذكر الشهادة على وجهها، وَسِعَهُ الامتناع، كما في رد المحتار٧: ٥٨.

قال: (**وهو مخيَّرٌ في الحدودِ بين الشَّهادة والسِّتر**)؛ لأنّ إقامةَ الحدودِ حِسْبةً، والسِّتر على المسلمِ حِسْبةً، (**والسِّتْر أَفْضَلُ**)، قال ﷺ: «مَن ستر على مسلمٍ سَتَرَ الله عليه في الدُّنيا والآخرة»[١]، وقد صحَّ أنّ النَّبيَّ ﷺ: «لقَّنَ ماعزاً الرُّجوع وسأله عن حاله ستراً عليه؛ لئلا يُرجم ويَشتهر، وكَفَى به قُدْوةً»[٢]، وكذلك نُقِل عن الخُلفاء الرَّاشدين[٣].

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن فرَّج عن أخيه كُربةً فرَّجَ الله عنه كُربةً من كُرَبِ يوم القيامة، ومَن ستر على أَخيه المسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في حاجة العبد ما كان العبد في حاجة أخيه» في سنن النسائي الكبرى٤: ٣٠٩، ومسند أحمد٢: ٥٠٠، ومسند الشهاب ١: ٢٩٠، وفي المعجم الأوسط ٥: ١٧٥: عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من ستر على أخيه عورة، فكأنَّما أحيا موؤدة».

(٢) قال النبي ﷺ لماعز رضي الله عنه بعد إقراره مرَّات: «أَبِكَ جنون؟ قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم» في صحيح البخاري٦: ٢٤٩٩، وصحيح مسلم٣: ١٣١٨.

(٣) فعن الشعبي: «أنّ شراحةالهمدانية أتت علياً رضي الله عنه فقالت: إني زنيت، فقال: لعلَّك غيري، لعلك رأيت في منامك، لعلك استكرهت؟ كل ذلك تقول: لا»، وفي رواية: «لعلَّ زوجك أتاك» في مسند أحمد١: ١٤٠، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد٦: ٢٤٨: «رجاله رجال الصحيح».

وعن عكرمة بن خالد، قال: «أتي عمر بن الخطاب برجل فسأله: أسرقت؟ قل:لا، فقال: لا، فتركه ولم يقطعه» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٢٢٤.

وعن عطاء، يقول: «كان مَن مضى يؤتى أحدهم بالسارق، فيقول: أسرقت؟ قل: لا، أسرقت؟ قل: لا، علمي أنه سمى أبا بكر وعمر» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٢٢٤، ومصنف ابن أبي شيبة١٤: ٤٧٦.

قال: (**ويَقُولُ في السَّرقةِ: أَخَذَ المالَ**) إحياءً لحقِّ المسروق منه، (**ولا يَقُول: سَرَقَ**) إقامةً لحِسْبةِ السِّتر.

قال: (**ولا يُقْبَلُ على الزِّنا إلا شهادةُ أَرْبعةٍ من الرِّجال**)؛ لقوله تعالى: {ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ}[النور: ٤]، وقوله: {فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعةً مِّنكُمْ}[النِّساء: ١٥]، وقال ﷺ للذي قَذَفَ زَوْجَتَه: «ائتني بأَربعةٍ يشهدون، وإلا فضرب في ظهرك»[١].

قال: (**وباقي الحُدود والقِصاص شَهادةُ رجلين**)، قال تعالى: {وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ}[البقرة: ٢٨٢]،وقال تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ}[الطلاق: ٢]، وقال ﷺ: «شاهداك أو يَمينُه»[٢].

وعن عطاء: «أن علياً ﵁ أتي بسارقين معهما سرقتهما، فخرج فضرب النّاس بالدرة، حتى تفرقوا عنهما، ولم يدع بهما ولم يسأل عنهما» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٢٢٤.

(١) فعن أنس ﵁، قال: «إن أوَّل لعان كان في الإسلام أن هلال ابن أمية قذف شريك بن السَّحماء بامرأته، فأتى النبي ﷺ، فأخبره بذلك، فقال له النبي ﷺ: «أربعة شهداء، وإلا فحد في ظهرك» في سنن النسائي الكبرى٥: ٢٨٠، وصحيح ابن حبان١٠: ٣٠٢.

وعن ابن عباس ﵄: «أنّ هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك ابن سحماء، فقال النبي ﷺ: البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً، ينطلق يلتمس البيِّنة؟ فجعل يقول: البينة وإلا حد في ظهرك» في صحيح البخاري٣: ١٧٨.

(٢) سبق تخريجه قبل صفحات في بداية الكتاب.

ولا تُقْبَلُ شَهادة النِّساء في الحُدُود والقِصاص، قال الزُّهري رضي الله عنه: «مَضَتَ السُّنّة من لدنِ رسول الله ﷺ والخَليفتين بعده أن لا تُقْبَلُ شَهادة النِّساء في الحدودِ والقِصاص»[1].

قال: **(وما سواهما من الحُقوقِ تُقْبَلُ فيها شهادةُ رجلين أو رجلٌ وامرأتين)**، قال تعالى: {فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ}[البقرة: ٢٨٢]، وأنّه مَذْكورٌ في سياق المُداينات بالأَجل فتُقْبَلُ فيها، وعن عُمر رضي الله عنه أنّ النَّبيَّ ﷺ: «أجازَ شهادةَ النِّساء في النِّكاح»[2]؛ ولأنّها من أهل الشَّهادة بالآية، فتُقْبَلُ شهادتُها لوجودِ المشاهدةِ والحفظِ والأداءِ كالرَّجل، وزيادة النِّسيان

---

(١) في مصنف ابن أبي شيبة٥: ٥٣٣.

وعن علي رضي الله عنه: «لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، والنكاح، والحدود، والدماء» في مصنف عبد الرزاق٨: ٣٢٩.

وعن الشَّعبي، قال: «لا تجوز شهادة النساء على الحدود» في سنن سعيد بن منصور١: ٢٥٧.

(٢) فعن إبراهيم: «أن عمر بن الخطاب أجاز شهادة رجل وامرأتين في النكاح والفرقة» في موطأ محمد١: ١٨٠، وسنن الدارقطني٥: ٤١٧.

وعن الزهري في رجل خطب امرأة إلى وليها فزوجها بشهادة رجل وامرأتين، فقال: «إن أعلموا ذلك، فإنا نراه نكاحاً جائزاً إذا أعلنوه ولم يسروه» في مصنف عبد الرزاق٦: ١٩٦.

وعن عمر رضي الله عنه: «أنّه أجاز شهادة النِّساء مع الرجل في النّكاح» في سنن سعيد بن منصور١: ٢٥٦، ومعرفة السنن١٠: ٥٧.

تجبرُ بزيادةِ العددِ، وإليه الإشارةُ بقولِهِ تعالىٰ: {فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ}[البقرة: ٢٨٢]، بقي شبهةُ البَدليّة، فلهذا قُلنا: لا تُقْبَلُ في الحُدُود والقِصاص وغيرها من الأَحكام يَثْبُتُ مع الشُّبهة.

قال: (**وتُقْبَلُ شهادةُ النِّساءِ وَحْدَهنَّ فيما لا يَطْلِعُ عليه الرِّجال كالوِلادة والبَكارة وعُيوبِ النِّساء**)، قال ﷺ: «شهادةُ النِّساء جائزةٌ فيما لا يَطَّلعُ عليه الرِّجال»[1]، ولأنّه لا بُدّ من ثبوتِ هذه الأحكام، ولا يُمكنُ الرِّجال الاطلاعُ عليها، وإنّما يَطَّلع عليها النِّساء علىٰ الانفراد، فوَجَبَ قَبول شهادتهنَّ علىٰ الانفراد تحصيلاً للمَصْلحة، وتُقبلُ فيها شهادةُ امرأةٍ واحدة؛ لما رُوِي أنّه ﷺ «قَبِلَ شهادة امرأةٍ واحدةٍ في الوِلادة»[2]، ولأنّ ما يُقْبَلُ فيه قولُ

(١) فعن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا: قال ﷺ: «شهادةُ النِّساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» في الأصل لمحمد بن الحسن١١: ٥١٩.

وعن ابن عمر رضي الله عنه قال: «لا تجوز شهادة النِّساء إلا علىٰ ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء، وما يشبه ذلك من حملهن وحيضهن» في مصنف عبد الرزاق٨: ٣٣٣.

وعن الزُّهْرِيِّ رضي الله عنه: «مضتِ السنّة أن تجوزَ شهادةُ النساءِ فيما لا يطَّلع عليه غيرهنّ من ولاداتِ النِّساءِ وعيوبهنّ» في مصنف عبد الرزاق٨: ٣٣٣.

(٢) فعن حذيفة رضي الله عنه: «أجازَ رسول الله ﷺ شهادةُ القابلةِ علىٰ الولادة» في سنن البيهقي الكبير١٠: ١٥١، وسنن الدارقطني٤: ٢٣٢، والمعجم الأوسط١: ١٨٩.

وعن عليّ رضي الله عنه: «أنَّه كان يجيز شهادة القابلة» في سنن البيهقي الكبير١٠: ١٥٢، وسنن الدارقطني٤: ٢٣٣.

النِّساء على الانفرادِ لا يُعْتَبرُ فيه العدد كرواية الأخبار، والثِّنتان أَحوط، والثَّلاث أحبُّ إلى الله تعالى، وبالأربع يخرجُ عن الخِلاف.

وأحكامُ الشَّهادة في الولادة تُعْرَفُ في الطَّلاق إن شاء الله تعالى.

وأمّا البَكارةُ فإنّ العِنّينَ يؤجَّلُ سنةً ويُفرَّقُ بينهما بعدها إذا قُلنا: إنّها بِكْرٌ.

وهل يُشْتَرُط في ذلك لفظة الشَّهادة؟ لا يشترطُ عند مَشايخ العراق، ويشترط عند مَشايخ خُراسان[1]؛ لأنّها تُوجِبُ حقّاً على الغير، فكانت شَهادة.

قال: **(وتُقْبَلُ شَهادتهنَّ في استهلالِ الصَّبيِّ في حَقِّ الصَّلاةِ دون الإرث)**.

أمّا الصَّلاةُ فبالإجماع؛ لأنّها من أُمورِ الدِّين، وأمّا الإرثُ فمذهبُه.

وقالا: تُقبلُ أيضاً؛ لأنّ الاستهلالَ صوتٌ يكون عَقيب الولادة، وتلك حالة لا يحضرها الرِّجال، فدعت الضَّرورة إلى قَبول شهادتهنّ؛ لما مَرّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ ذلك ممَّا يَطَّلع عليه الرِّجال؛ لأنّه يحِلُّ لهم سماعُ صوته، فلا ضَرورة في حقّ ثبوتِ النَّسبِ والإرثِ والمَهرِ.

---

(١) وهو الصحيح؛ لأنّها شهادة؛ لما فيها من معنى الإلزام، حتى اختصّ بمجلس القضاء، كما في الهداية٧: ٣٧٥، واحترز بهذا عن قول العراقيين، فإنَّهم لا يشترطون فيها لفظ الشهادة، كما في العناية٧: ٣٧٥.

وكذا لا يُقبل في الرِّضاعِ شَهادةُ النِّساء مُنفردات؛ لأنّ الحرمةَ متىٰ ثبتت تَرَتَّب عليها زَوال ملك النِّكاح، وإبطالُ الملك لا يَثْبُتُ إلا بشهادة الرِّجال، ولأنّه ممّا يُمكن اطّلاع الرِّجال عليه، فلا ضَرورة.

قال: (**ولا بُدّ من العَدالةِ ولفظةِ الشَّهادة والحُريّة والإسلام**).

أمّا العَدالةُ؛ فلقوله تعالىٰ: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ}[الطلاق: ٢]، وقال تعالىٰ: {مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء}[البقرة: ٢٨٢]، والفاسقُ ليس بمَرضي، ولأنّ الحاكمَ يُحكم بقول الشّاهدِ ويُنَفِذُه في حَقِّ الغير، فيَجِبُ أن يكون قوله يَغْلِبُ علىٰ ظَنِّ الحاكم الصِّدق، ولا يكون ذلك إلا بالعَدالة، إلا أنَّ القاضي إذا قَضَىٰ بشَهادةِ الفاسق ينفذ عندنا.

وأمّا لفظةُ الشَّهادة؛ فلقوله تعالىٰ: {وَاسْتَشْهِدُواْ} [البقرة: ٢٨٢]، فإنّه صريحٌ في طلبِ الشَّهادة، فيجب عليه الإتيان بلفظها، ولأنّ الشَّهادةَ من ألفاظِ اليَمين علىٰ ما يأتيك إن شاء الله تعالىٰ في الأيمان، فيكون الامتناعُ عنها علىٰ تقديرِ الكذب أكثر، ولأنّ القياسَ ينفي قول الإنسان علىٰ الغير؛ لما فيه من إلزامه، إلا أنّا قَبلناه في موضعِ وَرَدَ الشَّرعُ به، وأنّه وَرَدَ مقروناً بالشَّهادة.

وأمّا الحريّة؛ فلأنّ الشَّهادة من باب الولاية، ولا ولايةَ للعبد علىٰ نفسه، فكيف علىٰ غيره؟.

وأمّا الإسلام؛ فلقوله تعالىٰ: {وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا} [النساء: ١٤١].

قال: (**ويُقْتَصَرُ في المسلمِ على ظاهرِ عدالتِهِ إلا في الحدودِ والقِصاص، فإنّ طَعَنَ فيه الخَصمُ سألَ عنه.**

وقالا: يَسأل عنهم في جَميع الحُقوق سِرّاً وعَلانية، وعليه الفتوى)[1].

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه: قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عدولٌ بعضُهم على بعض إلا محدوداً في قَذْف»[2]، وفي كتاب عُمر رضي الله عنه: «المسلمون عدولٌ بعضُهم على بعض إلا محدوداً حَدّاً أو مُجُرَّباً عليه شهادةُ زور أو ظِنيناً في ولاءٍ أو قرابة»[3]، ولأنّ العَدالةَ هي الأصل؛ لأنّه وُلِدَ غيرَ فاسق، والفِسْقُ أمرٌ طارئ مَظنون، فلا يجوز تركُ الأصل بالظَّنِّ.

---

(١) والفتوى اليوم على قولهما؛ لأنَّ الفسادَ في هذا العصر أَكثر، كما في التبيين٤: ٢١١، قال في الهداية: وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما في هذا الزمان، ومثلُه في الجواهر وشرح الإسبيجابي وشرح الزاهدي والينابيع، وقال الصدر الشهيد في الكبرى: والفتوى اليوم على قولهما، ومثله في شرح المنظومة للسديدي والحقائق وقاضي خان ومختار النوازل والاختيار والبرهاني وصدر الشريعة، وتمامه في التصحيح، كما في اللباب٢: ٢٥٢.

(٢) فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في فرية» في مصنف ابن أبي شيبة٥: ٧٦، وسنن البيهقي الكبير١٠: ١٥٥.

(٣) سبق تخريجه في معرفة السنن١٤: ٢٤٠، وسنن الدارقطني٥: ٣٦٧.

ولا يَلْزمُ الحُدود والقِصاص؛ لأنّه كما أنّ الأصلَ في الشّاهِدِ العَدالةُ كذلك الأصلُ في المَشهود عليه العَدالةُ، والشَّاهدُ وَصَفَه بالزِّنا والقَتل فتقابل الأصلان، فرَجَّحنا بالعَدالة الباطنة، ولأنّ الحدودَ مَبناها على الإسقاطِ، فيُسأل عنهم احتيالاً للدَّرْء.

ولهما: أنّ الحاكمَ يجب أن يحتاطَ في حكمِهِ صيانةً له عن النَّقضِ، وذلك بسؤال السِّرِّ والعَلانيّة.

(ولو اكتفى بالسِّرِّ جاز)، قال أبو بكر الرَّازيّ ﷺ[1]: لا خلاف بينهم في الحقيقة، فإنّ أبا حنيفة ﷺ أفتى في زمان كانت العَدالة فيه ظاهرةٌ، والنَّبيُّ ﷺ عَدَّل أهله، وقال: «خيرُ القُرون قَرْني، ثمّ الذين يلونهم، ثمّ الذين يَلُونهم، ثمّ يفشو الكذب»[2]، واكتفى بتعديل النَّبيِّ ﷺ، وفي زمنِهما فَشا الكذب،

---

(١) قريب من هذا الكلام ذكره الرازي في شرح مختصر الطحاوي٨: ٣٠.

(٢) فعن ابن مسعود ﷺ، قال ﷺ: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينه شهادته» في صحيح البخاري ٣: ١٧١، وصحيح مسلم ٤: ١٩٦٣.

وعن جابر بن سمرة ﷺ قال: خطبنا عمر بن الخطاب ﷺ بالجابية فقال قام فينا رسول الله ﷺ مقامي فيكم اليوم فقال: «أحسنوا إلى أصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشوا الكذب حتى يشهد الرجل على الشهادة لا يسألها، وحتى يحلف الرجل على اليمين لا يستحلف» في شرح معاني الآثار٤: ١٥٠، ومسند الحارث٢: ٥٣٥.

فاحتاجا إلىٰ السُّؤال، ولو كانا في زَمَنِهِ ما سألا، ولو كان في زَمَنِهما لسأل، فلهذا قلنا: الفتوىٰ علىٰ قولهما.

ولقد تصفَّحتُ كثيراً من كتب أبي بكر الرَّازي رضي الله عنه، فما رأيته رجَّحَ علىٰ قول أبي حنيفة رضي الله عنه قولَ غيره إلا في هذه المسألة، وإنّما رَجَّح قولَهما؛ لما رأىٰ من فساد أهل الزَّمان، وقلَّة مبالاتهم بالأُمور الدِّينيّة، وكان يقول: ينبغي للحاكم أن يُنَقِبَ عن أَحوال الشُّهود في كلِّ ستّةِ أَشْهر؛ لأنّه قد يطرأ علىٰ الشَّاهد في هذه المدّة ما يخرجه عن أهليّة الشَّهادة، والله أعلم.

قال: (**ولا بُدّ أن يقول: المُزكي هو عَدْلٌ جائز الشَّهادة**)؛ لأنّ العبدَ عدلٌ غيرُ جائز الشَّهادةِ.

وقيل: يكتفي بقولِهِ: هو عدلٌ؛ لأنّ الأصلَ هو الحريّةُ تبَعاً للدَّار.

وإن لم يكن عَدْلاً عنده، قال: اللهُ أعلم بحالِهِ، وقد كانوا يكتفون بتزكيةِ العَلانيّة، ثمّ انضمَّ إليها تزكيةُ السِّرِّ في زَمانِنا لاختلافِ الزَّمان.

ثمّ قيل: يكتفي بتزكية السِّرِّ تحرزاً عن الفتنة، قال مُحمّد رضي الله عنه: تَزْكيةُ العَلانية بَلاءٌ وفِتنةٌ.

ثمّ لا بُدَّ في تزكيةِ العلانيّة أن يجمعَ بين المُزَكِّي والشَّاهد؛ لتَنْتَفي شُبْهةُ تَعْديل غيره، وتَزكيّةُ السِّرِّ أن يبعثَ رقعةً مختومةً إلىٰ المزكّي فيها اسم الشَّاهد ونسبُه وحِليتُه ومُصَلّاه، ويَردُّها المزكِّي كذلك سِرّاً.

وينبغي للقاضي أن يختارَ للمسألةِ عن الشُّهودِ أوثقَ النّاس، وأورعَهم ديانةً، وأعظمَهم أمانةً، وأكثرَهم بالنَّاس خبرةً، وأعلمَهم بالتَّمييز، غيرَ معروفين بين النّاس؛ لئلا يقصدوا بسوءٍ أو يُخْدعوا.

وينبغي للمُزَكِّي أن يَسأَلَ عن أَحوالِ الشُّهودِ ويتعرَّفُها من جيرانهم وأهلِ سوقِهم، فإن ظهرت عَدالتُهم عنده كتب ذلك في آخر الرُّقعة: هو عَدْلٌ عندي جائزُ الشَّهادة، وإلاّ كَتَبَ إنّه غيرُ عدلٍ، وخَتَمَ الرُّقعة وردَّها، فيقول القاضي للمدَّعِي زِد في شُهودك ولا يقول: جرحوا.

ويُقْبَلُ في تزكيةِ السِّرِّ قول الولد والوالد، وكلِّ ذي رَحم والعبد والأعمى والمحدود في القَذف؛ لأنّها أَخبار، خلافاً لمحمّد ﵁ فإنّها شهادةٌ عنده، بخلاف تزكيةِ العَلانية، فإنّها شهادةٌ بالإجماع.

والشُّهودُ الكفّارُ يُعَدِّلُهم المسلمون، فإن لم يعرفهم المسلمون سأل المسلمين عن عدول المشركين، ثمّ يَسأل أولئك عن الشّهود.

قال: (**ولا تُقْبَلُ تزكيةُ المدَّعِى عليه**)، ومعناه: أن يقول: هم عدولٌ إلا أنّهم أخطؤوا أو نَسوا، أمّا لو قال: صَدقوا أو هم عدولٌ صدَّقه، فقد اعترف بالحقّ، فيقضي بإقرارِه لا بالبيِّنة؛ لأنّ البيّنةَ عند الجُحُود.

وقيل: يجوز تعديلُه.

ووجه الظَّاهر: أنّ المدَّعِي والشُّهود يزعمونه كاذباً في إنكارِهِ مبطلاً في جحودِهِ فلا يَصلح مُزكِّياً.

قال: **(وتَكفي تَزْكيةُ الواحد)**.

وعن **محمّد** ﵁: اثنين، وهو أولى، وكذلك المُتَرجم ورسول القاضي إلى المُزكين.

لمحمّد ﵁: أنّ حكمَ القاضي مبنيٌّ على العدالةِ وذلك بالتَّزكية، فيُشْتَرَطُ الإثنان كالشَّهادة، ويُشترطُ عنده ذكورة المزكي في الحُدود، والأَربعةُ في شهودِ الزِّنا؛ لما بيَّنّا.

ولهما: أنّها ليست في معنى الشَّهادة، حتى لا يُشترط فيها لفظة الشَّهادة ومجلس الحكم، واشتراطُ العَدَد في الشَّهادة تعبديٌّ فلا يَتَعَدّاها.

فصلٌ

(ويجوز أن يَشْهَدَ بكلِّ ما سَمِعَه، أو أَبْصَرَه من الحقوقِ والعقودِ وإن لم يشهد عليه)؛ لأنّه عَلِمَ الموجب وتيقَّنه، قال ﷺ: «إن علمت مثل الشَّمس فاشهد»[1]، ويقول: أشهد بكذا؛ لأنّه عِلِمَه، ولا يقول: أشهدني فإنّه كَذِبٌ.

قال: **(إلاّ الشَّهادةَ على الشَّهادةِ فإنّه لا يجوز أن يَشْهَدَ على شهادةِ غيرِه ما لم يُشْهِدْهُ)**؛ لأنّ الشَّهادةَ ليست مُوجِبةً إلا بالنَّقل إلى مجلس الحكم، ولا يكون ذلك إلا بالتَّحمُّل.

---

(١) سبق تخريجه عن ابن عباس ﵄، قال ﷺ: «لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس» في المستدرك ٤: ١١٠، وصححه.

ولو سَمِعَه يُشْهَدُ غيرَه على شَهادته لا يَسَعُه أن يَشْهَدَ؛ لأنّه ما حَمَّلَه.

وتجوز شهادةُ المُختَبِئ، وهو أن يُقِرَّ الرَّجل بحَقٍّ والشُّهود مختبئون في بيتٍ يسمعون إقرارَه، فإنّه يَحِلُّ لهم الشَّهادة إذا كانوا يَرَوْنَ وجهَه ويعرفونَه، وإن لم يَرَوه لا يَحِلُّ لهم إلا إذا عَلِموا أن ليس في البيتِ غيرُه، فيَحِلُّ لهم ذلك.

وكذا إذا سَمِعوا صَوْتَ امرأةٍ من وَراءِ حِجابٍ.

قال: (**ولا يجوز له أن يَشْهَدَ بما لم يُعاينْه إلا النَّسب والموتَ والدُّخولَ والنِّكاح وولايةَ القاضي وأصلَ الوَقف**)، والقياسُ: أنّه لا يجوز؛ لأنَّ الشَّهادةَ من المُشاهدة، وهي المُعاينةُ ولم توجد.

وجه الاستحسان: أنّ هذه الأشياءَ تُباشرُ بحضورِ جماعةٍ مخصوصين، وتتعلَّقُ بها أحكام مُستمرةٌ، فأُقيمت الشُّهرة والاستفاضة مقامَ العِيانِ والمُشاهدةِ؛ كيلا تَتَعَطَّلَ هذه الأحكام، وعلى هذا النَّاس من الصَّدر الأوَّل إلى يومنا هذا.

ألا ترى أنّا نَشْهَدُ أنّ عائشةَ رضي الله عنها زَوْجُ النبيِّ ﷺ، وكذلك سائر زَوْجاتِهِ، وفاطمةُ رضي الله عنها زوجةُ عليٍّ رضي الله عنه، وغير ذلك، ونَشْهَدُ بنسبِ النَّبيِّ ﷺ وأصحابه، ونَشْهَدُ بقضاءِ شُريح وابن أبي ليلى وأبي يوسف رضي الله عنهم، ونَشْهَدُ بموتِ الخلفاءِ الرَّاشدين وغيرهم.

والشُّهْرةُ إنّما تكون إمّا بالتَّواتر أو بإخبار مَن يَثِقُ به، حتى لو أَخْبَرَه واحدٌ يَثِقُ به جاز.

واشترط بعضُهم رجلين أو رجلاً وامرأتين.

وقيل: يكتفي في الموتِ بشهادةِ الواحدِ؛ لأنّه قلَّ ما يَحْضُرُه غيرُ الواحد.

وإذا رأى رَجُلاً يجلسُ للقضاء ويَدخلُ عليه الخُصوم حَلَّ له الشَّهادةُ بولايتِهِ.

وكذا إذا رأى رَجُلاً وامرأةً يَسْكنان في بيتٍ واحدٍ ويَتَعاشران مُعاشرةَ الأزواج حَلَّ له الشَّهادةُ بالنِّكاح بينهما، كما إذا رأى عَيْناً في يدِ رجل.

وأمّا الوقفُ، فالصَّحيحُ[1] ما ذكرنا: أنّه يجوز على أصلِه دون شَرْطِهِ؛ لأنّ الأصلَ هو الذي يشتهرُ، فلو لم تجز الشَّهادةُ عليه أدَّى إلى استهلاكِ الأوقافِ القديمةِ.

وكذلك الوَلَاءُ عند أبي يوسف رضي الله عنه كما في النَّسب، قال صلى الله عليه وسلم: «الولاء لحمة كلحمة النَّسب»[2]، ولأنا نَشْهَدُ أنّ ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبلالاً مَوْلى أبي بكر رضي الله عنه إلى غير ذلك، ولا يجوز عند أبي حنيفة ومُحَمَّدٍ رضي الله عنهما؛ لأنّ الخبرَ

---

(١) وصححه في المبسوط١٦: ١٥٠، والغرر٢: ١٣٨، واختاره في المحيط٢: ٣٧٥، والملتقى٢: ١٩٢، والتنوير٥: ٤٧١، وغيرها.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال صلى الله عليه وسلم: «الولاءُ لحمةٌ كلحمة النَّسب، لا يُباع ولا يُوهب» في صحيح ابن حبان١١: ٣٢٦، والمستدرك٤: ٣٧٩، والمعجم الأوسط٢: ٨٢، ومعجم الشيوخ١: ٣١٢، وسنن البيهقي٦: ٢٤٠.

لا يَشْتَهِرُ؛ لأنّه مبنيٌّ على الإعتاق، وذلك يكون بحضرةِ مَن لا يشتهر غالباً، وصار كالعِتاق والطَّلاق، والمرادُ بالحديث أنّه مثلُه لا يُباعُ ولا يُوهَبُ.

وينبغي للشَّاهدِ أن يُطْلِقَ الشَّهادةَ عند القاضي حتى لو فسَّرها، وقال: إنّه شَهِدَ بالتَّسامع لا يَقْبَلُها.

وكذلك في الشَّهادةِ باليَدِ لا يُفَسِّرُها.

قال: (**ويجوز أن يَشْهَدَ على الملكِ المُطلق**) إذا رآه في يدِه (**فيما سِوى العَبد والأَمة**)؛ لأنَّ اليدَ دليلُ الملك، وهو المرجعُ في الأَسباب كالبَيْع والهِبةِ والوَصيّةِ والإرث وغيرها.

واشْتَرَطَ أبو يوسف ﷺ أن يَقَعَ في قَلْبِهِ أنّه له، ويجوز أن يكون تفسيراً للأَوّل.

واشْتَرَطَ الخصَّاف ﷺ التَّصرُّف مع اليدِ، فإنّ اليَدَ تتنوَّع.

قلنا: والتَّصرُّفُ أيضاً يَتَنوَّعُ إلى أَمانةٍ وملكٍ.

وإنّما يَحِلُّ له ذلك إذا عاين الملكَ والمالك، أو عاينَ الملكَ وحدَه وعَرَفَ المالكَ بالاشتهار بنسبِهِ، أمّا إذا عاين المالك وحَده لا يَحِلُّ له، وهذا بخلافِ العبدِ والأَمةِ؛ لأنّ الحُرَّ يُسْتَخدمُ كما يُسْتَخدَمُ العَبد: كالأَجير الخاصِّ ونحوه، فلا تكون اليد دليلاً حتى يعلمَ أنّه رقيقٌ، فيجوز أن يشهدَ أنّه له باليَد؛ لأنّ الرَّقيقَ لا يكون في يدِ نفسِهِ.

وكذلك إن كانا صَغيرين لا يُعَبِّران عن أنفسِهما يجوز أن يَشْهَدَ، وإن لم يَعْرِفْ رِقَّهما؛ لأنّه لا يَدَ لهما، بخلافِ الكبيرين.

قال: (**وإذا رأى الشَّاهدُ خَطَّه لا يَشْهَدُ ما لم يذكر الحادثة**)، وهكذا القاضي والرَّاوي؛ لأنّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ فلا يحصلُ العلم، قالوا: وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقيل: هو إجماعٌ.

وإنّما الخِلافُ إذا وَجَدَ القاضي القَضية في ديوانِهِ تحت خَتْمِهِ، وكذا إذا رأى الشَّاهدُ رقمَ شهادتِهِ عنده تحتِ خَتْمِه، وكذلك الرَّاوي، فيجوز عندهما، وإن لم يَذْكُرْ الحادثة؛ لوقوع الأَمْن من الزِّيادة والنُّقصان.

أمّا ما كان في الصَّكِّ بيَدِ الخَصْم وليس عنده نُسْخَتَه لا يجوز؛ لما بيَّنّا.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يجوز ما لم يذكر الحادثة، قال ﷺ: «إن عَلِمْتَ مثل الشَّمس فاشهد وإلا فدع»[1]، ولا عِلْمَ مع النِّسيان.

وشَرْطُ حِلّ الرِّواية عنده أن يحفظ من حين سَمِع إلى أن يَرْوي؛ ولهذا قَلَّت رواية أبي حنيفة رضي الله عنه.

وكذا إذا ذَكَرَ المَجْلِس الذي كان فيه الحادثة أو أَخْبره بها مَن يثق به لا يَحِلّ له ما لم يَذْكُرها.

قال: (**وشاهد الزُّور يُشَهَّرُ ولا يُعزَّرُ**).

---

(١) سبق تخريجه في بداية كتاب الشهادات.

وقالا: يُوجِعُه ضَرْباً ويَحْبِسُهُ؛ لما رُوِي أنّ عُمر رضي الله عنه «ضربَ شاهدَ الزُّور أربعين سوطاً وسَخَّم[1] وجهه»[2]، ولأنّها إضرارٌ بالنَّاس، وليس فيها حَدٌّ فيُعَزِّرُه.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنَّ الزَّجْرَ يحصلُ بالتَّشهير، والضَّربُ وإن كان أَزجر لكنّه يمنعُ من الرُّجوع، وفِعْلُ عُمر رضي الله عنه كان سياسةً؛ ولهذا بَلَغَ الأربعين وسَخَّمَ.

والتَّشْهيرُ: أن يبعثَه القاضي إلى أهلِهِ أو سوقِهِ أَجمع ما يكونون، ويقول: القاضي يقرئكم السَّلام ويَقول: إنا وجدنا هذا شاهدَ زُور، فاحذَرُوه وحَذِّرُوه النَّاس، مَنقولٌ ذلك عن شُريح[1] رضي الله عنه[2].

---

(١) السخم: السواد، وسَخَّم وجهه: أي سوده، كما في تاج العروس ٣٢: ٣٥٥.

(٢) فعن مكحول: «أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب شاهد الزور أربعون سوطاً، وَسَخَّم وجهه وطاف به بالمدينة» في سنن البيهقي الكبير١٠: ١٤١، ومصنف عبد الرزاق٨: ٢٣٧.

وعن الوليد بن أبي ملك: «إنَّ عمرَ رضي الله عنه كَتَبَ إلى عمّاله بالشَّامِ في شاهِدِ الزُّورِ: يُضربُ أربعينَ سَوْطاً ويُسَخَّمُ وَجْهُه، ويحلقُ رأسُه، ويُطالُ حبسُه» في مصنف ابن أبي شيبة٦: ٥٣٤.

وعن الجعد بن ذكوان قال: «شهدتُ شريحاً رضي الله عنه ضَرَبَ شاهد الزُّور خفقات ونَزَعَ عمامتَه عن رأسِه» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٥٥٠.

وعنهما: أنّه يَفعلُ ذلك مع الضَّرب.

قال: (**وتُعتبرُ موافقةُ الشَّهادةِ الدَّعوى**)؛ لأنّ الشَّهادةَ لا تُقبلُ إلا بعد الدَّعوى، فإن لم توافقها فقد انعدمت.

(**ويُعتبرُ اتفاقُ الشَّاهدين في اللَّفظِ والمعنى، فلو شَهِدَ أحدُهما بألفٍ والآخرُ بألفين لم تُقْبَلْ**).

وقالا: تُقْبَلُ على الألف إذا ادَّعى المدعي أَلفين؛ لأنّهما اتفقا على الألف، وتَفَرَدَ أحدُهما بزيادةٍ، فيَثْبُتُ ما اتَّفَقا عليه، كما إذا شَهِدَ أحدُهما بألفٍ والآخرُ بألفٍ وخمسمئة، فإنّه يُقضى بالألفِ، كذا هذا، وعلى هذا الطَّلقةُ والطَّلقتين.

---

(١) وهو شُريح بن الحارث بن قيس الكِنْدِي، كان من كبار التابعين، وأدرك الجاهلية، استقضاه عمر بن الخطاب على الكوفة، فأقام قاضياً خمساً وسبعين سنة، (ت نحو ٧٨هـ)، ينظر: العبر ١: ٨٩، وطبقات الشيرازي ص٨٠-٨١.

(٢) فعن أبي حصين رضي الله عنه، قال: «جلس إليَّ القاسم، فقال: أي شيء كان يصنع شريح رضي الله عنه بشاهد الزور إذا أخذه؟ قال: قلت: كان يكتب اسمه عنده، فإن كان من العرب بعث به إلى مسجد قومه، وإن كان من الموالي بعث به إلى سوقه يعلمهم ذلك منه» في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٦٢٦، وفي السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٢٣٩: «أنَّ شريحاً كان يؤتى بشاهد الزور فيطوف به في أهل مسجده وسوقه فيقول: «إنا قد زيفنا شهادة هذا» » ومصنف ابن أبي شيبة ١١: ٦٢٦.

ولأبي حَنيفة ﷺ: أنّه وُجِدَ الاختلاف لفظاً، وأنّه دليلُ الاختلافِ مَعْنىٰ؛ لأنَّ مَعنىٰ الألف غيرُ معنىٰ الألفين، وهما جُملتان مُتَغايرَتان حَصَلَ علىٰ كلِّ واحدةٍ شاهدٌ واحدٌ، فلا يُقبل كاختلاف الجنس، بخلاف ما ذكرا؛ لأنّهما اتَّفقا علىٰ الألف لفظاً ومعنىٰ؛ لأنّه عطفُ الخمسمئة علىٰ الألف، والعَطفُ يُقرِّرُ المَعْطوف عليه.

ومثلُه: الطَّلقةُ والطَّلقةُ والنِّصف بخلاف العَشرة والخمسةَ عَشَرَ؛ لأنّه ليس عطف، فهو نظيرُ الألف والألفين، والعشرون والخمسُ والعشرون نظيرُ الألفَ والألفَ والخمسمئة.

ولو كان المدَّعي ادَّعَىٰ الأقلَّ لا تُقبلُ الشَّهادة في المسائل كلِّها؛ لأنّه يُكَذِّب أحد شاهديه.

ولو قال: كان حقِّي ألفاً وخسمئة، فقبضت خمسمئة أو أبرأته عنها قُبِل للتَّوفيق.

وإن شَهدا بألفٍ فقال أحدُهما: قَضاه منها خمسمئة قَضَىٰ بالألف لاتفاقهما عليها، ولا يثبتُ القَضاء؛ لأنّها شهادةٌ واحدةٌ، فلو شَهِدَ آخرٌ يَثْبُتُ، وينبغي للشَّاهد إذا عَلِم ذلك أن لا يَشْهَدَ بالألفِ حتىٰ يعترفَ المدَّعِي بالقبضِ؛ ليَظْهَرَ الحقُّ، ولا يُعينَ علىٰ الظُّلْم.

قال: (**ولو شَهِدا على سَرقةِ بقرةٍ واختلفا في لونِها قُطِع، وإن اختلفا في الأُنوثة والذُّكورة لم يُقْطَع**).

وقالا: لا يُقْطَع فيهما؛ لأنّ المشهودَ به مختلفٌ، ولم يقم على كلِّ واحدٍ شاهدان، وصار كالمَسألة الثَّانية.

وله: أنّ اشتمالَ البَقَرةِ على اللَّونين جائزٌ، فيَشْهدُ كلُّ واحدٍ على ما رأى في جانبه، وهي حالةُ اشتباه؛ لأنّ السَّرقة تكون ليلاً، والعَملُ بالبيِّنةِ واجبٌ ما أَمكن فتُقْبَلُ، بخلاف الذُّكورة والأُنوثة؛ لأنّهما لا يجتمعان في بقرةٍ، فكانا مُتغايرين.

قال: (**شَهدا بقتلِ زيدٍ يوم النَّحر بمكّة، وآخران بقتلِهِ يوم النَّحر بالكوفةِ رُدَّتا**)؛ لأنّ إحداهُما كاذبةٌ بيقين ولا تُدرى، وليست إحداهُما أَوْلى من الأُخرى بالرَّدّ ولا بالقَبول فيُردّان.

(**فإن سَبَقَت إحداهما وقُضِي بها بَطَلَتْ الأُخرى**)؛ لأنّ الأولى ترجَّحَت بالقَضاء، فلا تُنْقَضُ بما هو دونها.

فصلٌ

كلُّ مَن رُدَّت شهادتُه للرِّقّ أو الكفر أو للصِّبا، ثمّ زالت هذه الموانع فأدّاها قُبِلَت.

ولو رُدَّت لفسقٍ أو زَوْجيَّةٍ أو العّبدِ لمولاه أو المولى لعبدِه، ثمّ زالت فأدّاها لم تُقبل.

والفَرْق: أنّ الأولى ليست بشهادةٍ؛ لعدم الأهلية، فلم يكن الرَّدُّ تكذيباً شرعاً، والثَّانية شهادةٌ لقيامِ الأهلية، فكان تكذيباً، فلا تُقْبَلُ أبداً.

ولو تَحمَّلها العَبدُ لمولاه أو أحدُ الزَّوجين للآخر فأدّاها بعد العِتق والبَيْنونة قُبِلَت.

وكذلك إن تحمَّلَها، وهو عبدٌ أو كافرٌ أو صَبيٌّ فأدَّاها بعد زَوال هذه العوارض قُبِلَت؛ لأنّ المعتبرَ حالةُ الأَداء لما يأتي، ولا مانع حالتئذٍ.

قال: (**ولا تُقْبَلُ شهادةُ الأَعمى**).

وقال زُفر ﷺ: تُقبلُ فيما يجري فيه التَّسامع؛ لأنّه يَسْمَعُ.

وقال أبو يوسف ﷺ: إن كان بصيراً وقتَ التَّحمُّل تُقبلُ؛ لوجود العلم بالنَّظر، وعند الأداء يحتاج إلى القَول، وهو قادرٌ عليه، ويعرفُه بالنِّسبة كما في الميت.

ولنا: أنّه لا يقدرُ على التَّمييزِ بين الأشخاصِ، ولا على الإشارة، والنّسبةُ لتعريفِ الغائبِ دون الحاضر.

ولو عَمِي بعد الأداء قَبْلَ القَضاءُ لا يُقضى بها عندهما؛ لأنّ أهليّةَ الشَّهادةِ شرطٌ وقتَ القَضاء؛ ليصير حُجّةً، كما إذا جُنّ أو فَسَق، بخلاف الموتِ، فإنّه مُنْتهى للأَهليّة، والغَيبةُ لا تفوتُ بها الأَهليّةُ.

ولا تُقبلُ شهادةُ الأَخرس؛ لأنَّ الشَّهادةَ بالنُّطْقِ، وهو عاجزٌ عنه.

قال: (**ولا المحدودُ في قَذْفٍ وإن تاب**)؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا} [النور: ٤]؛ ولأنّه من تمام الحدِّ؛ لأنّه مانعٌ، فيبقى بعد التَّوبة.

أمّا المحدودُ في غيرِ القذف، فالرَّدُّ ليس من الحدِّ، وإنّما هو للفِسْق، وقد ارتفع بالتَّوبة، والاستثناءُ في الآيةِ منقطعٌ أو هو مصروفٌ إلى الأَقرب، وهو الفِسْق.

(**ولو حُدّ الكافرُ في قَذْفٍ ثمّ أسلم قُبِلَت شهادتُه**)؛ لأنّ بالإسلامِ حدثت له شهادةٌ أُخرىٰ غيرَ التي كانت قَبْلَه، فلا يكون الحدُّ في إسقاطِ الأُولىٰ إسقاطاً في الثَّانية؛ لأنّها لم تكن موجودةً.

قال: (**ولا تُقْبَلُ الشَّهادةُ للولدِ وإن سَفَلَ، ولا للوالد وإن عَلا**)؛ لقوله ﷺ: «ولا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزَّوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السَّيدُ لعبده، ولا الشَّريك لشريكه، ولا الأجير لَمن استأجره»[1]، رُوِي ذلك بأحاديث مختلفةٍ بهذه الألفاظ؛ ولأنّ

(١) قال ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٢٥٥: «أخرجه الخصاف في كتاب أدب القاضي بسنده لعائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «لا تجوز شهادة الوالد لولده....».
وعن عامر عن شريح: «أنَّه كان لا يجيز شهادة الرجل لامرأته، ولا المرأة لزوجها، ولا الشريك لشريكه ولا السيد لعبده، ولا رجل لأبيه، ولا أب لابنه، ولا الأعمىٰ، ولا المحدود في قذف» في الآثار لأبي يوسف ص١٦٢، ومصنف ابن أبي شيبة ١١: ٥٧٠.
وعن ابن سيرين، قال شريح: «لا أجيز شهادة خصم، ولا مريب، ولا دافع مغرم، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لَمن استأجره، ولا العبد لسيده» في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٥٧٠.
وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ﷺ: «أنَّ رسول الله ﷺ رد شهادة الخائن والخائنة، وذي الغمر على أخيه، ورد شهادة القانع لأهل البيت، وأجازها لغيرهم» في

المنافعَ بينهم متصلةٌ حتى لا يجوز دفع الزَّكاة إليهم، فيكون شهادةٌ لنفسِه من وجهٍ.

ومحرميّةُ الرَّضاع لا تمنع قَبول الشَّهادة؛ لأنّه لا جزئيةَ بينهما، فانتفت التُّهمة.

وتُقبلُ شهادةُ القَرابات: كالأخ والعمِّ والخال وما سوى قَرابة الولاد؛ لعدم ما ذَكرنا.

قال: (**ولا لعبدِه**)؛ لما روينا، ولأنّ العبدَ لا يملكُ، فتقع الشَّهادة لنفسِه.

(**ولا لمكاتَبِه**)؛ لأنّ أكسابَه له من وجهٍ، والعبد المديون كالمكاتَب.

قال: (**ولا للزَّوج والزَّوجة**)؛ لما روينا، ولأنّ المنافعَ بينهما متصلةٌ عادةً، فتقع لنفسه من وجه.

سنن أبي داود ٣: ٣٠٦، وقال أبو داود: «الغمر: الحنة، والشحناء، والقانع: الأجير التابع مثل الأجير الخاص»، ومسند أحمد ١١: ٦٧١، والسنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٣٣٨، وغيرها، والمراد بالأجير: التلميذ الخاصّ الذي يعدّ ضرر أُستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وأما القانع: فأصل القنوع السؤال والمراد: مَنْ يكون تبعاً للقوم: كالخادم والأجير والتابع؛ لأنَّه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم، وهو من القنوع لا من القناعة، وقيل: المراد به الأجير مشاهرة؛ لأنَّه أجير خاص، فيستوجب الأجر على منافعه، فإذا شهد له في مدة الإجارة يكون كأنَّه شهد له بأجر، كما في التبيين٤: ٢١٩.

(ولا أحدُ الشريكين للآخر فيما هو من شركتهما)[١]؛ لما روينا، لأنّها تقع لنفسه.

(ولا شهادة الأجير الخاصّ)؛ لما روينا، ولأنّه يستحقُّ الأجرةَ في مدّةِ أداء الشَّهادة، فصار كالمستأجر لأداء الشَّهادة.

قال: **(ولا تُقبلُ شهادةُ مُخنَّث**[٢] **ولا نائحةٍ**[٣]**، ولا مَن يُغْني للنَّاس)**؛ لأنّ ذلك فسقٌ؛ لأنّه ﷺ «نهى عن صوتين أَحمقين: النَّائحة والمغنيّة»[٤]، والمرادُ المُخَنَّث الذي يفعل الأفعال الرَّديئة، وأنّه مَعصيةٌ، قال ﷺ: «لَعَن الله تعالى

---

(١) فعن منصور، عن إبراهيم، قال: «أربعة لا تجوز شهادتهم: الوالد لولده، والولد لوالده، والمرأة لزوجها، والزوج لامرأته، والعبد لسيده، والسيد لعبده، والشريك لشريكه في الشيء إذا كان بينهما، وأما فيما سوى ذلك فشهادته جائزة» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٣٤٤.

(٢) يعني: إذا كان رديء الأفعال؛ لأنَّه فاسق، أمّا الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسّر ولم يفعل الفواحش، فهو مقبول الشهادة، كما في الجوهرة٢: ٢٣٠.

(٣) والمراد بالنائحة: التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسباً، كما في العناية٧: ٤٠٨.

(٤) فعن جابر رضي الله عنه قال: «أخذ النبي ﷺ بيد عبد الرحمن بن عوف، فانطلق به إلى ابنه إبراهيم، فوجده يجوِّد بنفسِه، فأخذه النبي ﷺ، فوضعه في حجره فبكى، فقال له عبد الرحمن: أتبكي؟ أولم تكن نهيت عن البكاء؟ قال: لا، ولكن نهيتُ عن صوتين أحمقين فاجرين: صوت عند مصيبة، خمش وجوه، وشق جيوب، ورنة شيطان» في سنن الترمذي٣: ٣١٩، وحسنه، شرح معاني الآثار٤: ٢٩٣، والمستدرك٤: ٤٣.

المؤنثات[١] من الرِّجال، والمُذَكَّرات من النِّساء»[٢]، أمّا اللِّين في الكلام خِلْقةً فتُقبل شهادتُه.

قال: (**ولا مدمنُ**[٣] **الشُّرب على اللَّهو**)؛ لأنَّه محرَّمٌ، قال مُحمَّد ﷺ: مَن شَربَ النَّبيذ متأولاً قُبِلَت شهادتُه ما لم يَسْكَر أو يَكُن على اللَّهو.

(**ولا مَن يَلْعَبُ بالطُّيور**)؛ لأنّه يوجبُ غَفْلةً، ويَطَّلعُ على العَورات بالطُّلوع على السُّطوحات[٤].

---

(١) قال العيني في عمدة القاري٢٤: ١٤: «والمترجلات أي: النِّساء الشَّبيهات بالرِّجال المُتكلفات في الرُّجولة وهو بالحقيقة ضدّ المُخنثين؛ لأنَّهم المتشبهون بالنساء».

(٢) فعن ابن عبَّاس ﷺ، قال: «لعن النَّبيُّ ﷺ المخنثين من الرِّجال، والمترجلات من النِّساء، وقال: أخرجوهم من بيوتكم» في صحيح البخاري٧: ١٥٩.

(٣) أي: مداوم شرب الخمر لأجل اللهو× لأنَّ شربَها كبيرة، وفي «الكافي»: قال: إنَّما شَرَطَ الإدمان؛ ليكون ذلك ظاهراً منه، فإنَّ مَن شرب الخمر سرّاً ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من أن يكون عدلاً، وإن شربها كثيراً، وإنَّما تسقط عدالته إذا كان يظهر ذلك منه، أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان، فإنَّه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة، وقال في «النهاية»: إطلاق الشرب على اللهو في حقّ المشروب؛ ليتناول جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فإنَّ الإدمانَ شرطٌ في الخمر أيضاً في حقّ سقوط العدالة، كما في التبيين٤: ٢٢١.

(٤) فأمّا إذا أَمسك الحمام؛ للاستئناس ولا يطيّرها، فلا تزول عدالته؛ لأنَّ إمساكَها في البيوت مباح، كما في درر الحكام٢: ٣٨٠.

قال: (**ولا مَن يَفْعَلُ كبيرةً تُوجب الحدَّ**)؛ لفسقِه.

(**ولا مَن يأَكل الرِّبا**)[1]؛ لأنّه حَرامٌ، وشَرَطَ بعضُهم الإدمان عليه؛ لأنّه قَلَّ ما يخلو عن العَقد الفاسد.

(**ولا مَن يُقامر بالشَّطرنج**)؛ لأنّه حرامٌ، أمّا نفس اللَّعب لا يُسْقِطُ العَدالة لمكان الاجتهاد، إلا أن تفوتَه الصَّلاة أو يحلفَ عليه كَذِباً[2].

قال: (**ولا مَن يَدْخل الحَمَّام بغير إزار**)؛ لفسقِهِ بإبداءِ عَوْرتِه.

(**ولا مَن يفعل شيئاً من الأفعال المُستَخَفَّة: كالبَول والأكل على الطَّريق**)؛ لأنّه يسقطُ المروءةَ، فلا يَتَحاشى عن الكَذب[3].

---

(١) أطلقوه، وقيَّده في «الأصل» بأن يكون مشهوراً به، فقيل؛ لأنّ مطلقَه لو اعتبر مانعاً لم يقبل شاهد؛ لأنَّ العقودَ الفاسدة كلّها في معنى الربا، وقلَّ مَن يُباشر عقود البياعات ويسلم دائماً منه، وقيل: لأنَّه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به، وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان، كما في فتح القدير٧: ٤١٣.

(٢) وأمّا اللعبُ بالنرد وسائر ما يُلعب به فإنَّه بمجرده يمنع قبول الشهادة؛ لإجماع الناس على تحريم ذلك، بخلاف اللعب بالشطرنج، فإنَّ فيه اختلافاً بين الناس، كما في الجوهرة٢: ٢٣٢؛ فليس بفسق مانع من الشهادة؛ لأنَّ للاجتهاد فيه مساغاً، كما في الهداية٧: ٤١٣.

(٣) أي إذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب، وكذا مَن يأكل في السُّوق بين الناس، قال في النهاية: أما إذا شرب الماء أو أكل الفول على الطريق لا يقدح

وكذا مَن يَمْشي في السُّوقِ بالسَّراويلِ وحدَه.

وكذلك المُناهدةُ[1] مع الابنِ في السَّفر.

قال: (**ولا مَن يُظهرُ سَبَّ السَّلف**)[2]؛ لفسقه بخلاف مَن يَكتُمُه.

في عدالته؛ لأنَّ الناسَ لا تستقبح ذلك، والمراد بالبول على الطريق إذا كان بحيث يراه الناس، وكذا لا تقبل شهادة النخاس، وهو الدلال، إلا إذا كان عدلاً لا يكذب ولا يحلف، كما في الجوهرة٢: ٢٣١.

(١) أي: القسمة بين طعام وطعام ابنه في السفر، فعن ابن عمر رضي الله عنه: «نهى النبي ﷺ أن يقرن الرجل بين التمرتين جميعا حتى يستأذن أصحابه» هذا حديث متفق على صحته، أخرجه مسلم، ففيه دليل على جواز المناهدة في الطعام، وكان المسلمون لا يرون بها بأساً، وإن تفاوتوا في الأكل عادة إذا لم يقصد مغالبة صاحبه، وإنما جاء النهي عن القران لعلة معلومة، وهي ما كان القوم فيه من شدة العيش، وضيق الطعام، فإذا اجتمعوا على الأكل وكان الطعام مشفوهاً، وفي القوم من بلغ به الجوع الشدة، فهو يشفق من فنائه قبل أن يأخذ حاجته منه، فربما قرن بين التمرتين، أو عظم اللقمة، فأرشد النبي ﷺ إلى الأدب فيه، وأمر بالاستئذان ليستطيب به أنفس أصحابه، وأما اليوم، فقد كثر الخير، واتسعت الحال، وصار الناس إذا اجتمعوا، تلاطفوا على الأكل، فهم لا يحتاجون إلى الاستئذان، في مثل ذلك إلا أن يحدث حال من الضيق تدعو الضرورة فيها إلى مثل ذلك، كما في شرح السنة للبغوي١١: ٣٢٨.

(٢) يعني الصالحين منهم، وهم الصحابة والتابعون والعلماء: كأبي حنيفة وأصحابه; لأنَّ هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلّة مروءته، ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة، بخلاف ما إذا كان يخفي السبّ، كما في التبيين٤: ٢٢٣

ولا الشَّتّام للنَّاس والجيران، قال أبو يوسف ﷺ: لا أُجيزُ شهادةَ مَن شَتَمَ أصحاب رسول الله ﷺ؛ لأنّ ذلك فعل الأسقاط وأَوْضاع النَّاس، وأَقبلُ شهادةَ الذين تبرؤوا منهم؛ لأنّه يفعل ذلك تَدَيُّناً وإن كان باطلاً.

(ولا شهادةَ العَدو إن كانت العداوة بسببِ الدُّنيا)؛ لأنّه لا يؤمن عليه الكذب.

(وتُقبلُ إن كانت بسببِ الدِّين)؛ لأنّه لا يَكذبُ لدينِه كأهل الأهواء، ولا تُقبل شهادةُ تارك الجُمع والجماعات مجانةً، واشترط بعضُهم لذلك ترك الجُمعة ثلاث مرّات، وقال الخصّافُ ﷺ: مرّةً.

وإن تَرَكَها لعذرِ مرض أو بُعْدٍ من المصر أو بتأويل بأن كان يُفسِّق الإمام لا تُرَدُّ شهادتُه.

ولا تُقبلُ شهادةُ مَن يجلسُ مجالس الفُجور.

قال مُحمّدٌ ﷺ: العَدلُ الذي لم يظهر رِيبةً.

قال مُحمّدٌ ﷺ: موسرٌ أخّرَ الزَّكاة والحَجَّ إن كان صالحاً قُبِلَت شهادتُه؛ لأنّهما لا وَقْتَ لهما، وما كان له وقتٌ كالصَّومِ والصَّلاةِ تُردُّ شهادتُه بالتَّأخير.

وقال أبو يوسف ﷺ: أَقْبلُ شهادةَ الشَّاعر ما لم يقذف في شعره المُحْصَنات.

وقال: العَدْلُ هو الذي غَلَبَت حسناتُه على سيئاته، ولا يُمكنُ اشتراط السَّلامة عن كلِّ مأثم، قال الله تعالى: {وَلَوْ يُؤَاخِذُ اللَّهُ النَّاسَ بِمَا كَسَبُوا مَا

تَرَكَ عَلَىٰ ظَهۡرِهَا مِن دَآبَّةٍ} [فاطر: ٤٥]، وهذا يدلُّ على أنّ العبدَ قلَّ ما يَسْلَمُ عن ذلك.

ولا تُقبل شهادةُ النَّخاسين(١) والدَّلالين؛ لأنّهم يكذبون.

وتُقْبَلُ شهادةُ أهل جميع الصَّنائع كلِّها إذا كانوا عُدولاً، إلاّ إذا كان يجري بينهم الحلف والأيمان الفاجرة.

ومَن يُجَنُّ ويُفيقُ فشهادتُه جائزةٌ حال إفاقتِهِ.

وتُقبلُ شهادةُ أهل الأَهواء(٢) إلا الخَطابيّة(٣)، وهم قومٌ من الرَّافضةِ(٤) يستجيزون بالشَّهادة لكلِّ مَن يحلف عندهم؛ لأنّهم يرون حرمةَ الكذب، وقيل: يَرَون الشّهادةَ لشيعتِهم واجبةٌ.

---

(١) النخاس: بَائِع الدَّوَابّ وَالرَّقِيق، كما في المعجم الوسيط٢: ٩٠٩.

(٢) الهوىٰ: ميلان النفس إلىٰ ما يستلذ به من الشهوات، وإنَّما سُموا به؛ لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة: كالخوارج والروافض، فإنَّ أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطي؛ ثمّ كلُّ واحدٍ منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة، كما في العناية٧: ٤١٥.

(٣) وهم قوم من الروافض يشهد بعضُهم لبعض بتصديق المشهود له، يعتقدون بأنَّه صادق في دعواه، نُسبوا إلىٰ ابن الخطّاب، وهو رجلٌ بالكوفة يعتقد أنَّ عليّاً هو الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر، وقد قتله الأمير عيسىٰ بن موسىٰ وصلبه، كما في الجوهرة٢: ٢٣٢.

(٤) الرّوافض: سمّوا بذلك؛ لأنّ زيد بن علي خرج علىٰ هشام بن عبد الملك فطعن

ولا تُقبلُ شهادة المُجَسّمة؛ لأنّهم كفرة.

ومَن لا يَكْفُرُ من أهل الأهواء تُقبلُ شهادتُهم، ألا يرى أنّ الصَّحابةَ ﷺ اختلفوا واقتتلوا، وشهادةُ بعضُهم على بعض كانت مَقبولةٌ، وليس ما بين أهل الأهواء من الاختلاف أكثر ما كان بينهم من القتال، بخلاف الفاسقِ عملاً؛ لأنّه ارتكبَ محظور دينه فيرتكب الكذب، وهذا يعتقد ما يفعله حقّاً يدين به الله تعالى فيمتنعُ عن الكذب.

قال: (**وتُقْبَلُ شهادةُ أهل الذِّمّةِ بعضُهم على بعض**)؛ لأنّ الشَّهادةَ من باب الوِلاية، وهم أهلُ الولاية بعضُهم على بعض، ولهذا قُلنا: لا تُقبلُ شهادتُهم على المسلم؛ لعدم ولايتِهم عليه، وفسقُه من حيث الاعتقاد، فلا يُمنع قَبول الشَّهادة؛ لأنّه يَجتَنِبُ مُحَرَّمَ دينِه، والكذبُ مُحَرَّمٌ في جميع الأديان.

وعن يَحْيَى بن أَكْثَم[1] قال: اجتمعت أقاويل السَّلفِ على قَبول شهادة

عسكره في أبي بكر فمنعهم من ذلك فرفضوه ولم يبق معه إلا مئتا فارس، فقال لهم: رفضتموني. قالوا: نعم، فبقي عليهم هذا الاسم. وقد أوصلهم الملطي إلى ثمانية عشر فرقة، وقال: كلهم كفار خرجوا من التوحيد، كما في التنبيه ص١٨-٣٤، واعتقادات ص٥٢.

(١) وهو يحيى بن أكثم بن محمد التميمي الأسيدي المروزي، قال الخطيب: كان يحيى بن أكثم سليماً من البدعة، ينتحل مذهب أهل السنة، سمع عبد الله بن المبارك وسفيان بن عيينة وغيرهما، وقال طلحة بن محمد: أحد أعلام الدنيا، ومن قد اشتهر أمره وعرف خبره، ولم يستتر عن الكبير والصغير من الناس فضله وعلمه ورياسته لأمره وأمر أهل

النَّصارىٰ بعضُهم علىٰ بعض، فلم أجد أحداً ردّ شهادتَهم غير رَبيعة بن [أبي][(١)] عبد الرَّحمن[(٢)]، فإنّي وجدت عنه روايتين.

والنَّبيُّ ﷺ «رَجَم يهوديين بشهادةِ اليهود»[(٣)]؛ ومِلَلُهم وإن اختلفت فهم مُتفقون في الكُفر بالله تعالىٰ، وتكذيبُ النَّبيّ ﷺ، ويجمعُهم دارٌ واحدةٌ،

زمانه من الخلفاء والملوك، واسع العلم بالفقه كثير الأدب حسن العارضة، قائم بكل معضلة، وغلب علىٰ المأمون حتىٰ لم يتقدمه أحد عنده من الناس جميعاً، وكان المأمون ممن برع في العلوم، فعرف من حال يحيىٰ بن أكثم، وما هو عليه من العلم والعقل ما أخذ بمجامع قلبه، (١٥٩ـ ٢٤٢هـ)، ينظر: الوفيات٦: ١٤٧، والأعلام٨: ١٣٨.

(١) سقطت من النسخ، وأثبتها من كتب ترجمته، فأبو عبد الرحمن اسمه فروخ، كما في طبقات الشيرازي ص٦٥، ووفيات الأعيان٢: ٢٨٨، والعبر١: ١٤١، والديباج١: ١٣٧، ومرآة الجنان١: ٢٢٢، وشذرات الذهب٢: ١٥٩، وغيرها من كتب التاريخ.

(٢) وهو ربيعة بن فَرُّوخ أبي عبد الرحمن التَّيْمِيُّ المَدَنِيّ، أبو عثمان، وأبو عبد الرحمن، المشهور بربيعة الرأي، قال ابن الماجشون: والله ما رأيت أحداً أحفظ لسنَّة من ربيعة، (ت١٣٦هـ). ينظر: العبر١: ١٨٣، والميزان٣: ٦٨، والأعلام٣: ٤٢.

(٣) فعن جابر رضي الله عنه: «إنَّ النَّبي ﷺ أجازَ شهادةَ أهل الكتاب بعضُهم علىٰ بعض» في سنن ابن ماجه٢: ٧٩٤، والسنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠: ٢٧٩، وقال في مصباح الزجاجة٣: ٥٦: «إسناده ضعيف».

وعن جابر رضي الله عنه، قال: «جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا، قال: ائتوني بأعلم رجلين منكم، فأتوه بِابْنَيْ صُورِيَا، فنشدهما كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالا: نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنَّهم رأوا ذَكَره في فرجها مثل المِيلِ في المكحلة رُجما، قال: فما

بخلاف عدم قَبول شهادة الرُّوم على الهند، وبالعكس لانقطاعِ الولايةِ باختلافِ الدَّارين، وبخلاف المرتدّ؛ لأنّه لا ولايةَ له على أحدٍ.

(**ولا تُقبلُ شَهادةُ المستأمن على الذِّميّ**)؛ لعدم الولاية.

(**وتُقبلُ شَهادةُ الذِّميِّ عليه**)؛ لأنّ ولايتَه ثابتةٌ في دارنا على نفسِهِ وأولادِهِ الصِّغار، فتكون ثابتةً في جنسِهِ.

قال: (**وتُقبلُ شَهادةُ الأَقلفِ**)[1]؛ لأنّ تركَ السُّنّة لا يوجب الفسق، إلا إذا تَرَكَه رغبةً عن السُّنّة.

ولو تركه بعدما كَبُر لا يَفْسُقُ؛ لأنّه تركه صيانةً لمهجتِهِ لا رغبةً عن السُّنة.

قال: (**والخَصيِّ**)؛ لأنّه قُطِع عضوٌ منه، فصار كغيره من الأعضاء،

يمنعكما أن ترجموهما؟ قالا: ذهب سُلطاننا، فكرهنا القتل، فدعا رسول الله ﷺ بالشهود، فجاءوا بأربعة فشهدوا أنَّهم رأوا ذَكَرَهُ في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمرَّ النبيّ ﷺ برجمهما» في سنن أبي داود٢: ٥٦١، والسنن الكبرى للبيهقي ٨: ٤٠٢.

(١) أي من لم يختن؛ لأنَّ الختان سنة عند علمائنا، وترك السنة لا يُخِلُّ بالعدالة، إلا إذا تركها استخفافاً بالدين، فإنَّه لا يبقى حينئذٍ عدلاً بل مسلماً، وأبو حنيفة رضي الله عنه لم يقدّر له وقتاً مُعيّناً؛ إذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نصّ ولا إجماع، والمتأخرون بعضُهم قدّره من سبع سنين إلى عشر، وبعضُهم اليوم السابع من ولادته أو بعده، كما في العناية٧: ٤٢١.

وعمر رضي الله عنه «قَبِلَ شَهادةُ عَلْقَمة الخَصي»[١].

قال: (**والخُنْثى**)؛ لأنّه إمّا رجل أو امرأة.

قال: (**وولد الزِّنا**)؛ لأنّ فسقَ الأبوين لا يوجب فسقه ككفرِهما وإسلامه؛ إذ الكلام في العَدل.

قال: (**والمعتبرُ حال الشَّاهد وقتَ الأداء لا وقت التَّحمُّل**)؛ لأنّ العملَ بها، والإلزام حالةَ الأداء، فتُعْتَبرُ الأهلية والولاية عنده.

قال: (**وإذا كانت الحَسنات أكثر من السِّيئات قُبِلَت الشَّهادة**)؛ لما مَرّ، ولا بُدّ من اجتناب الكَبائر أَجمع غيرِ مصرٍّ على الصَّغائر، ويكون صلاحُه أكثرَ من فساده، معتادَ الصَّدق، مُجتنباً الكذب، يخافُ هَتْكَ السِّتر، صحيحَ المُعاملةِ في الدِّينار والدِّرهم، مُؤدّياً للأمانة، قليلَ اللَّهو والهَذَيان، قال عُمر رضي الله عنه: «لا يَغُرَنَّكم طَنْطَنَةُ[٢] الرَّجل في صلاتِه، وانظروا إلى حالِهِ عند درهمِهِ وديناره»[٣].

---

(١) فعن ابن سيرين: «أن عمر رضي الله عنه: أجاز شهادة علقمة الخصي على ابن مظعون» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٦٧٥.

(٢) الطَّنْطَنَة: صَوْتُ الطُّنْبور وَضَرْبِ الْعُودِ ذِي الأَوتار، كما في اللسان١٣: ٢٦٩.

(٣) بيض له ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٢٦٠، و عن يزيد بن حيان، قال: «كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: «لا تغرنكم طنطنة الرجل بالليل ـ يعني صلاته ـ، فإنَّ الرَّجل كل الرَّجل مَن أدّى الأمانة إلى مَن ائتمنه، ومَن سلم المسلمون من لسانه ويده» في مكارم الأخلاق لابن أبي الدنيا ص٨٩.

أمّا الإلمامُ بمعصيتِهِ لا يمنعُ قَبول الشَّهادة؛ لما في اعتبار ذلك من سَدِّ باب الشَّهادة.

فصلٌ

اعلم أنّ الجَرْحَ مُقدَّمٌ على التَّعديل؛ لأنَّ الجارحَ اعتمد دليلاً، وهو العيانُ لارتكابه محظور دينه، والمُعدِّلُ شَهِدَ بالظَّاهر ولم يَعْتَمِد على دليل.

ولو عَدَّله واحدٌ وجَرحَه آخر، فالجرحُ أولى، فإن عدَّله آخر فالتَّعديل أولى؛ لأنّه حُجّةٌ كاملةٌ.

ولو عدَّله جماعةٌ وجَرَحه اثنان، فالجرحُ أولى لاستوائهما في الثُّبوت؛ لأنّ زيادةَ العَدَد لا توجب التَّرجيح.

ولا يسمع القاضي الشَّهادةَ على الجرح قَصْداً، ولا يُحْكَمُ بها؛ لأنَّ الحكمَ للإلزام، وأنّه يرتفعُ بالتَّوبة، ولأنَّ فيه هَتْكُه، والسِّترُ واجبٌ.

ولو شَهِدوا على إقرار المدَّعِي بذلك سمعها؛ لأنَّ الإقرارَ يدخل تحت الحُكم، ويظهر أثره في حقِّ المُدَّعِي.

ولو أقامَ المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً أنّ المُدَّعِي استأجرَ الشُّهود لأداءِ الشَّهادة لا تُقبل؛ لأنّها على الجَرح خاصّة؛ إذ لا خصم في إثباتِ الإجارةِ، حتى لو قال: استأجرهم بدراهم ودفعَها إليهم من مالي الذي في يدِه قُبِلَت؛ لأنّه خَصمٌ، ثمّ يَثْبُتُ الجَرح بناءً عليه.

وكذلك لو قال: صالحتُهم على مالٍ دفعتُه إليهم؛ لئلا يشهدوا بهذا الباطل، وطالبَهم بردّ ذلك المال وأقامَ البيِّنَةَ على ذلك؛ لما قُلنا.

ولو قال: لم أُسلِّم المالَ إليهم لم تُقْبَل.

ولو أقام البيِّنَةَ أنَّ الشَّاهدَ عبدٌ أو محدودٌ في قَذْفٍ أو شاربُ خَمْرٍ أو سارقٌ أو شَريكُ المُدَّعِي أو أَجيرُه ونحو ذلك قُبِلت؛ لأنّ ذلك ممَّا يدخلُ تحت الحُكم؛ لأنّه يتضمَّن حقّ الشَّرع، وهو الحدودُ أو حَقَّ العبد.

قال الخَصَّاف رضي الله عنه: وأَسباب الجَرح كثيرةٌ:

منها: الرُّكوب في البَحر، والتِّجارةُ إلى أرضِ الكفَّار، وفي قرى فارس وأشباهه؛ لأنّه خاطرَ بدينه ونفسِه حيث سَكَنَ دار الحرب وكثَّرَ سوادهم؛ لينال بذلك مالاً، فلا يُؤمن أن يكذبَ بأخذِ المال.

وقُرى فارس يُطعمونهم الرَّبا، وهم يعلمون.

فصلٌ

(تجوزُ الشَّهادةُ على الشَّهادةِ فيما لا يَسْقُطُ بالشُّبْهة)، والأصل في جوازها إجماع الأمّة على ذلك، واحتياج النَّاس إلى إحياءِ الحقوق بذلك؛ لأنّه قد يَعْجزَ عن الأداءِ لمرضٍ أو موتٍ أو سَفَرٍ، فلولا ذلك لبطل حقوقِ النَّاس.

وتجوزُ الشَّهادة على الشَّهادة وإن بعد للحاجة ـ على ما بيَّنّا ـ.

وعن عليٍّ رضي الله عنه: «أنّه تُقْبَلُ في الشَّهادة على الشَّهادة شهادةُ رجلين، أو رجلٍ وامرأتين»[1]، ولأنّه نُقِلُ خبرٌ يَثْبُتُ به حقُّ المُدَّعِي، فيجوز كالشَّهادة على الإقرار.

وإنّما لم تجز في الحدود والقصاص؛ لأنّ مبناهما على الإسقاط والدرء، وفي ذلك احتيالٌ للثُّبوت؛ ولأنَّ فيها شبهةٌ لزيادةِ احتمال الكذب أو البدلية، والحدودُ تسقط بالشُّبهات.

وتُقبلُ على استيفاء الحدود؛ لأنّ الاستيفاءَ لا يسقط بالشُّبهة

وما يُوجب التَّعزير عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه لا يُقْبَلُ كسائر العُقوبات.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنّه يُقْبَلُ؛ لأنَّ التَّعزيرَ لا يَسْقُطُ بالشُّبْهة؛ لما روى «أن النَّبيَّ صلى الله عليه وسلم حَبَس رجلاً بالتُّهمة»[2]، والحبسُ تعزيرٌ.

قال: (**ولا تجوز شَهادةُ واحدٍ على شَهادةٍ واحدٍ**)؛ لأنّه حقٌّ، فلا بُدّ من النِّصاب.

---

(١) فعن عليّ رضي الله عنه قال: «لا تجوز على شهادة الميت إلا رجلان» في مصنف عبد الرزاق٨: ٣٣٩.

(٢) فعن بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده: «أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة» في سنن أبي داود٣: ٣١٤، وسنن الترمذي٤: ٢٨، والسنن الكبرى٧: ٨، والمستدرك٤: ١١٤، وصححه.

وعن عليٍّ ﵁: «لا تجوز على شَهادةُ رجلٍ إلا شَهادة رجلين»[1].

قال: (**ويجوز شَهادة رجلين على شَهادة رَجُلين**)؛ لما رَوينا من حديث عليٍّ ﵁ أوّلاً، ولأنّ شهادةَ كلِّ أصلٍ حقٌّ، فصار كما إذا شَهدا بحَقَّين.

(**وصفةُ الإشهاد: أن يقول الأصل: اشهد على شَهادتي أنّي أشهد أنّ فُلاناً أقرَّ عندي بكذا**)؛ لأنّ الفَرْعَ يَنْقُلُ شَهادةَ الأَصل، فلا بُدَّ من التَّحميل لما بيَّنّا، فيَشْهدُ كما يَشْهدُ عند القاضي؛ لِيَنْقُلَها إليه.

قال: (**ويَقول الفَرْعُ عند الأداء: أَشْهَدُ أنّ فُلاناً أَشْهدني على شَهادتِهِ أنّ فُلاناً أَقَرَّ عنده بكذا، وقال لي: اشهد على شَهادتي بذلك**)؛ لأنّه لا بُدّ من ذكر شَهادته وذكر شهادة الأصل والتَّحْميل، وذلك بما ذكرنا.

وذكر الخَصَّاف ﵁: أنَّه يحتاج إلى أن يأتي بلفظ: «الشهادة» ثمان مَرَّات، وهو أن يقول: أشهدُ أنّ فلاناً أَشهدني على شَهادتِهِ، وهو يَشْهَدُ أنّ فلاناً أَقَرَّ عنده بكذا وأَشهدَه على إقراره، وقال لي: اشهد على شهادتي وأنا أَشْهدُ بذلك.

ومن أصحابنا مَن اكتفى بخَمْس، وهو ما ذكرنا أَوَّلاً.

---

(١) فعن الشعبي قال: «لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين» في سنن البيهقي الكبير١٠: ٤٢٨، ومصنف ابن أبي شيبة١١: ٦٣٣.
وعن شريح: «أنه كان يجيز شهادة الشاهد على الشاهد إذا شهد عليهما» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٦٣٣.

ومنهم مَن قال: أربع وهو أن يقول: أَشْهَدُ أنّ فلاناً أَشْهَدني، وقال لي: اشهد على شَهادتي.

ومنهم مَن قال: ثَلاث مَرّات، وهو أقَلُّ ما قيل فيه: وهو أن يقول: أَشْهدُ أنّ فُلاناً قال لي: اشهد على شَهادتي، أو اشهد أنّ فلاناً أَشْهدني على شَهادتي.

والأحسنُ ما ذُكِر في «الكتاب»، والأحوطُ ما ذكرَه الخَصَّاف؛ لأنّ فيه تَحرُّزاً عن اختلافٍ كبيرٍ بين العلماءِ يصغرُ كتابنا عن استيعابه.

قال: (**ولا تُقْبَلُ شَهادةُ الفُروع إلا إذا تَعَذَّرَ حُضور الأُصول مجلس الحكم**).

وقال أبو يوسف ﷺ: تُقْبَلُ؛ لأنّهم بمنزلةِ المرأتين مع الرَّجل الثَّاني نظراً إلى قوله تعالى: {فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ} [البقرة: ٢٨٢]، وأَجمعنا على جَواز شَهادة المَرأتين مع وجودِ الرَّجل الثَّاني، فكذلك هذا.

وجه الظّاهر: أنّ الأصلَ عدمُ الجواز، وإنّما جوَّزناها لما ذكرنا من الحاجة، ولا حاجة مع حضرة الأصول، ولأنّ الفروعَ أبدالٌ، ولا حكمَ للبدلِ مع وجودِ الأصلِ كما في النَّظائر.

وشهادةُ المرأتين ليست بدليّة؛ لأنّ الآيةَ خِطابٌ للحكّام، كأنّه قال لهم: فاطلبوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكن وجاء رَجلٌ وامرأتان تَرْضونهم فاقبلوا شهادتَهم.

والعُذْرُ موتٌ أو مَرَضٌ أو سَفَرٌ؛ لأنّ الحاجةَ عند تعذّر شَهادةِ الأُصولِ، وذلك فيما ذكرنا.

أمّا الموتُ فظاهر.

وأمّا المرضُ، فالمرادُ به مَرَضٌ لا يستطيعُ معه حضورَ مجلس القَضاء.

وأمّا السَّفرُ فمُقَدَّرٌ بمُدَّةِ السَّفر؛ لأنّ بعد المسافة عُذْرٌ، والشَّرعُ قد اعتبر ذلك المدّة، حتى رَتَّب عليها كثيراً من الأَحكام

وقال أبو يوسف ﵁: إن أَمكنه أن يحضرَ مجلسَ القَضاء ويعودَ إلى أهلِهِ في يومِهِ فليس بعذر، وإن لم يمكنه ذلك فهو عذرٌ؛ لأنَّ البيتوتةَ في غيرِ أهلِهِ مشقّةٌ، قال أبو الليث ﵁: وبه نأخذ[1].

قال: (**فإن عدَّلهم شهودُ الفرع جازَ**)؛ لأنّهم من أهل التَّزكية.

ومثلُه: لو شَهِدَ اثنان فزكَّى أحدُهما الآخر جاز، ولا يكون ذلك تهمةً في حقِّه حيث إنّه سَبَبُ قَبول قولِه، فإنّ العدل لا يتهم بمثله، ألا ترى أنّه لا يُتَّهمُ في إقامةِ شَهادته.

---

(١) استحسنه غير واحد، وفي القُهستاني والسراجية: وعليه الفتوى وأقره التمرتاشي، كما في الدر المختار٥: ٤٩٩. وفي رد المحتار٥: ٤٩٩: «وفي «البحر»: قالوا: اعتبار مدّة السَّفر أحسن، وهو ظاهر الرواية، كما في «الحاوي»، وقول أبي يوسف أرفق... إلخ، وعن محمّد ﵁: يجوز كيفما كان، حتى روي عنه أنّه إذا كان الأصل في زاوية المسجد والفرع في زاوية أُخرى من ذلك المسجد تُقْبَلُ شهادتهم، «منح» و«بحر»».

(**وإن سَكَتوا عنهم جاز**)، ويَسأل القاضي عنهم عند أبي يوسف ﵁؛ لأنّ الواجبَ عليهم النَّقْلُ دون التَّعديل، فإذا نَقَلُوها يَتَعَرَّفُ القاضي العَدالةَ من غيرهم.

وقال مُحمّدٌ ﵁: لا تُقْبَلُ؛ لأنّ الشَّهادةَ تَعْتَمدُ العَدالة، فإذا سَكتوا صاروا شاكّين فيما شَهدوا به، فلا تُقْبَلُ.

قال: (**وإذا أَنْكَرَ شُهودُ الأصل الشَّهادة لم تُقْبَلُ شهادةُ الفُروع**)؛ لأنّ من شرطِها التَّحميل، وقد وَقَعَ التَّعارض فيه، فلا يثبتُ بالشَّكّ.

ولو ارتدّا شاهدا الأَصل ثمّ أَسلما لم تُقْبَل شهادةُ الفُرُوع؛ لأنّ بالرِّدّةِ بَطَلَ الإشهاد.

ولو رُدَّت شهادةُ الفروع لتهمة في الأصول، ثمّ تاب الأصول لم تُقْبَلُ شهادةُ الأصول ولا الفروع؛ لأنّ الفَروعَ نقلوا شهادةَ الأصول، فالمردودُ شهادةُ الأُصول.

ويجوز شَهادةُ الابن على شَهادة الأب؛ لأنّه لا مَنفعة لابنِهِ في ذلك.

قال: (**والتَّعريفُ يَتِمُّ بذكر الجَدِّ أو الفَخِذِ**)؛ لأنّ التَّعريفَ لا بُدّ منه، ولا يحصل إلا بما ذكرنا؛ لأنّ النِّسبةَ إلى القبيلةِ كبَني تميم لا يحصل به التَّعريف؛ لأنَّهم لا يحصون، فلا بُدّ من التَّعريفِ بالفَخذِ، وهي القَبيلةُ الخاصّة.

وكذا ذِكْر الأَب؛ لأنّ كثيراً ما يَقَعُ الاشتراك في اسم الإنسان واسم أَبيه.

أمّا الاشتراكُ مع ذلك في اسم الجدَّ فنادرٌ، فحَصَل به التَّعريف.

(والنِّسبةُ إلى المصر والمَحلةُ الكَبيرةُ عامّةٌ)؛ لأنّهم لا يحصون، **(وإلى السِّكّة الصَّغيرة خاصّة)**.

بابُ الرُّجوع عن الشَّهادة

الأصلُ فيه قول عُمر رضي الله عنه في كتاب القاضي: «فلا يَمْنَعُكَ قَضاءٌ قَضَيتَه وراجعتَ فيه نفسَك وهُدِيت فيه لرُشدك أن ترجعَ فيه إلى الحقِّ، فإنّ الحقَّ قديمٌ لا يَبْطُلُ، والرُّجوعُ إلى الحقِّ خيرٌ من التَّمادي في الباطل»(1)، فكذلك الشَّاهدُ؛ لأنّ المعنى يجمعهما؛ لأنّ الرُّجوعَ عن الشَّهادةِ الباطلةِ رجوعٌ من الباطل إلى الحقّ.

والرُّجوعُ قولُه: شَهِدتُ بزور وما أَشْبَهَهُ.

وأصلُ آخر: أنّ الشَّاهدَ بشهادتِهِ تسبَّب إلى إتلافِ المالِ على المشهودِ عليه بإخراجه من ملكِهِ يداً وتصرُّفاً، فإن أزاله بغيرِ عِوَضٍ ضَمِن الجميع، وإن كان بعوضٍ إن كان مثلاً له لا ضَمان عليه، وإن كان أقلّ منه ضَمِن النُّقصان، والقاضي مُلجأٌ إلى القضاء من جهة الشُّهود، فلا يُضافُ الإتلافُ إليه.

---

(١) سبق تخريجه في سنن الدارقطني٥: ٣٦٩، وتاريخ المدينة لابن شبة٢: ٧٧٥.

قال: (**ولا يصحُّ إلا في مجلس الحكم**)؛ لأنّه يحتاجُ فيه إلى حكم الحاكم بمقتضى الرُّجوع، فلا بُدّ من مجلسِ القاضي كما في الشَّهادة، ولأنّه توبةٌ، والشَّهادةُ جنايةٌ، فيشترط استواؤها في الجَهر والإخفاء.

ولو أَقام المشهود عليه البَيِّنة أنهما رجعا لم تُقْبَل ولا يُحلَّفان، فإن قال: رجعتُ عند قاض آخر كان هذا رجوعاً مبتدأً عند القاضي.

قال: (**فإن رجعوا قبل الحُكم بها سَقَطَت**)؛ لأنَّ الحقَّ لا يثبت إلا بالقَضاء، والقَضاءُ بالشَّهادة، وقد تَناقَضَت.

قال: (**وبعده لم يفسخ الحُكْم**)؛ لأنّ الشَّهادةَ والرُّجوعَ عنها سواء في احتمال الصِّدق والكَذب، إلا أنّ الأَوّل ترجَّح بالقَضاء، فلا يَنقض بالثّاني.

قال: (**وضَمِنوا ما أَتلفوه بشهادتهم**)[1]؛ لإقرارهما بسببِ الضَّمانِ على ما بيّنّاه، فلو شَهِد أنّه قضاه دينه، أو أبرأه منه، فقضى به ثمّ رَجعا ضَمِنا؛ لما مَرَّ.

قال: (**فإن شهدا بمال فقَضَي به وأخذه المُدَّعِي ثمّ رَجَعا ضَمِناه للمَشهود عليه**)؛ لوجود التَّسبب على وجه التَّعدِّي، وأنّه موجبٌ للضَّمان

---

(١) فعن القاسم بن عبد الرحمن رضي الله عنه: «أنَّ رجلين شهدا على رجل عند عليّ رضي الله عنه أنَّه سرق ثم رجعا عن شهادتهما، فقال: لو أعلمكما تعمدتماه لقطعت أيديكما، وأغرمهما دية يده» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٨٩، وسنن البيهقي الصغير٩: ٩٥، وسنن البيهقي الكبير١٠: ٢٥١.

كحافرِ البئر، ولا وجه إلى تَضْمين المدَّعِي؛ لأنّ الحكمَ ماض، ولا يَضْمَن القاضي؛ لما بيّنّا، ولأنّ في تَضْمينِهِ منعُ النَّاس عن تقلُّدِ القَضاء خَوفاً من الضَّمان.

ولو شَهدا بعين، ثمّ رجعا ضَمِنا قيمتَها أَقبضها المشهودُ له، أو لم يقبضها؛ لأنّه ملكَها بمجردِ القَضاء.

والدَّين لا يملكُه إلا بالقَبض.

قال: (**فإن رجع أحدُهما ضمن النصف، والعبرةُ في الرُّجوع لمَن بقي لا لمَن رَجَعَ**)، ألا يُرى أنّه إذا بَقِي مَن يقوم به الحقّ لا اعتبار برجوع مَن رَجَعَ، وقد بقي هنا مَن يقوم بشهادتِهِ نصف الحقّ، فيضمن الرَّاجع النِّصف؛ لأنّه أتلفَه.

(**فلو كانوا ثلاثةَ فرَجَعَ واحدٌ فلا شيء عليه**)؛ لبقاء مَن يَبْقَى بشهادتِهِ جميع الحقّ، (**فإن رَجَعَ آخر ضَمِنا النِّصف**)؛ لما مَرَّ.

قال: (**وإن شَهِد رجلٌ وامرأتان فرَجَعت واحدةٌ فعليها ربعُ المال، وإن رجعتا ضَمِنتا نصفَه.**

ولو شَهِدَ رجلٌ وعشرُ نسوةٍ، ثم رَجَعوا ، فعلى الرَّجل السُّدُس وعليهن خمسةُ أسداسِهِ).

وقالا : عليه النِّصفُ وعليهن النِّصفُ؛ لأنّ النِّساء وإن كَثُرْنَ فهنّ مَقام رجل واحدٍ؛ لأنّه لا يثبتُ بهنّ إلا نصفَ الحقّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ كلَّ امرأتين مَقام رجل، قال ﷺ: «**عُدِلَت شهادةُ كلَّ اثنتين بشهادةِ رجلٍ واحدٍ**»[١]، فصار كشهادةِ ستّةٍ من الرِّجال.

ولو رَجَعَ النِّساء كلُّهنَّ فعليهنَّ النصفُ؛ لما قُلنا.

ولو رَجَعَ ثمان لا شيء عليهنّ.

ولو رَجَعَتْ أُخرى فعلى الرَّاجعات الرُّبع؛ لما مَرّ.

ولو رَجَعَ الرَّجلُ وثمانُ نسوةٍ، فعلى الرَّجل نصفُ الحقّ، ولا شيءَ على الرّاجعات؛ لأنّه بَقِي منهنّ مَن يقوم به نصفُ الحقّ.

(**ولو شَهِد رجلان وامرأةٌ ثمّ رَجَعوا، فالضَّمان على الرَّجلين خاصّة**)؛ لأنّ الحقَّ ثَبَتَ بهما دونها.

قال: (**شهدا بنكاح بأقلَّ من مهر المثل ثمّ رجعا لا ضَمان عليهما**)؛ لأنّ المنافع غيرُ متقوّمة إلا بالتَّمليك بالعقد، والضَّمان يستدعي المماثلة، وإنّما يَتَقَوَّمُ بالتَّمليك؛ إظهاراً لخطر المحلّ.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «يا معشر النساء، تصدقن وأكثرن الاستغفار، فإني رأيتكن أكثر أهل النار، فقالت امرأة منهن جزلة: وما لنا يا رسول الله أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن، قالت: يا رسول الله، وما نقصان العقل والدين؟ قال: أما نقصان العقل: فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي ما تصلي، وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين» في صحيح مسلم١: ٨٦.

(**وإن كان بأكثر من مهر المثل ضمنا الزِّيادة للزَّوج**)؛ لأنّهما أتلفاها بغير عِوَض.

قال: (**وفي الطَّلاق إن كان قَبْلَ الدُّخول ضَمِنا نصفَ المهر**)؛ لأنّهما أكّدا ما كان على شَرِفِ السُّقوط.

(**وإن كان بعده لم يَضْمَنا**)؛ لأنّ المهرَ تأكّد بالدُّخول، فلم يتلفا شيئاً.

شهدا بالطَّلاق وآخران أنّه دخل بها، ثمّ رجعوا ضَمِن شهودُ الدُّخول ثلاثةَ أرباع المهر، وشهودُ الطَّلاق ربعَه؛ لأنّ الفَريقين اتفقا على النِّصف، فيكون على كلِّ فريقٍ ربعَه، وانفردَ شهود الدُّخول بالنِّصف، فينفردون بضَمانه.

وفي الشَّهادة بالعِتق يضمنان القِيمة؛ لأنّهما أَتلفا ماليّةَ العبد من غيرِ عِوَضٍ، والوَلاءُ له؛ لأنّ العِتقَ لم يَتَحَوَّل إليهما، فلا يَتَحَوَّل الوَلاء.

ولو شَهِدا بالبَيْع ثمّ رَجَعَ ضَمِنا القِيمة لا الثَّمن؛ لأنّهما أَتْلَفا المَبيع لا الثَّمن.

ولو شَهِدا ببيع عبدٍ ثمّ رَجَعا بعد القَضاء، وقيمة العبد أكثر من الثَّمن، ضَمِنا الفَضْل.

ولو شهدا بالتَّدبير ثمّ رجعا، ضَمِنا ما نَقصه التَّدبير.

قال: (**وإذا رَجَعَ شهودُ القِصاص ضَمِنوا الدِّية**)، ولا قِصاص عليهم؛ لأنّه لم يوجد القَتْل مباشرةً، والتَّسبيبُ لا يوجب القِصاص كحافر البئر، بخلاف الإكراه؛ لأنّ المُكرَه فيه مضطرٌ إلى ذلك، فإنّه يؤثرُ حَياته.

ولا كذلك الوَلِيُّ فإنّه مُختار، والاختيارُ يَقْطَعُ التَّسبيب، وإذا امتنع القِصاص وَجَبَتْ الدِّية؛ لأنّ القَتْلَ بغير حقٍّ لا يخلو عن أحدِ المُوجبين.

ولو شَهِدا بالعَفْو عن القِصاص، ثمّ رَجَعا لم يَضْمَنا؛ لأنّ القِصاصَ ليس بمال.

قال: (**وإذا رَجَعَ شُهود الفَرع ضَمِنوا**)؛ لأنّ التَّلفَ أُضيف إليهم، فإنّهم الذين ألجؤوا القاضي إلى الحُكْم.

(**وإن رَجَعَ شهودُ الأصل، وقالوا: لم نُشهد شهودَ الفَرع لم يَضْمَنوا**)؛ لأنّهم أنكروا التَّسبيب، وهو الإشهاد، والقَضاء ماض؛ لأنّه خبرٌ محتملٌ.

ولو قالوا: أَشْهدناهم وغَلِطنا فلا ضَمان عليهم، وقال مُحَمّدٌ رضي الله عنه: يضمنون؛ لأنّ الفروعَ نَقَلُوا شهادتَهم، فصاروا كأنّهم حَضَروا.

ولهما: أنّ القَضاء وَقَعَ بما عاينَه من الحجّةِ، وهي شهادةُ الفروع، فيُضاف إليهم.

ولو رَجَعَ الأصولُ والفروعُ جميعاً، فالضَّمانُ على الفُروع عندهما؛ لما بيّنّا، وعند محمّدٍ رضي الله عنه: إن شاء ضَمَّن الأصول لما مَرّ، وإن شاء ضَمَّن الفروع؛ لما مَرّ.

لهما: والجهتان متغايرتان، فلا يُجْمَع بينهما.

قال: (**ولا ضَمان على شُهود الإحصان**)[١]؛ لأنّ الإحصانَ شَرْطٌ محضٌ، والحكم يُضاف إلى العِلّة لا إلى الشَّرْط.

قال: (**وإن رَجَعَ شُهود اليَمين وشُهود الشَّرط، فالضَّمان على شُهودِ اليَمين**)؛ لأنّ السَّببَ هو اليَمين، والتَّلَفُ مُضافٌ إلى مَن أَثبت السَّبب دون الشَّرط، فإن القاضي يقضي بشهادةِ شُهود اليَمين دون شُهود الشَّرط.

وصورة المسألة: شهد شاهدان أنّه عَلَّق عتقَ عبدِه أو طَلاق امرأته بدخول الدَّار، وشَهِد شاهدان بالدَّخول والطَّلاق قبل الدَّخول تجب قيمةُ العبدِ ونصفُ المهر على شهودِ التَّعليق؛ لأنّه السَّبب.

قال: (**وإذا رَجَعَ المزكون ضَمِنوا**)[٢].

---

(١) لأنَّ شهودَ الإحصان غير موجبين للرجم، وإنَّما الإحصان شرط فيه كالبلوغ والعقل؛ ولأنَّ الرجمَ عقوبةٌ، والإحصان لا يجوز العقاب عليه؛ إذ هو البلوغ والإسلام والتزويج والحرية، وهذه معان لا يُعاقب عليها، وإنَّما يستحقّ العقاب بالزّنا لا بغيره؛ ولأنَّ الإحصانَ كان موجوداً فيه قبل الزّنا غير موجب للرّجم، فلمّا وُجِد الزنا بعد الإحصان وجب الرجم، وإذا لم يجب بشهادة شهود الإحصان رجم لم يضمنوا بالرجوع، كما في الجوهرة٢: ٢٤٠

(٢) أي: إذا شهدوا بالزِّنا فزُكوا فَرُجِمَ المشهود عليه، ثمّ ظهر الشهود عبيداً أو كفاراً، فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم؛ لأنَّهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم يتبيّن كذبهم بما أخبروا مِنْ قول الناس إنَّهم أحرار مسلمون، ولا على

وقالا: لا يَضْمَنون؛ لأنّهم أثنوا على الشُّهود خَيْراً فصاروا كُشهود الإحصان.

وله: أنّ القاضي إنّما يَعْمَلُ بالشَّهادة بالتَّزكية، فهي عِلّةُ العِلّة، فيُضاف الحكم إليها، بخلاف شهودِ الإحصان؛ لأنّه شرطٌ محضٌ، والله أعلم بالصَّواب.

* * *

الشهود؛ لأنَّه لم يتبيّن كذبهم ولم تقبل شهادتهم؛ إذ لا شهادة للعبيد والكفّار على المسلمين، والدية في بيت المال، كما في العناية٧: ٤٩٧.

كتابُ الوكالة

وهي عبارةٌ عن التَّفويض والاعتمادِ، قال تعالى: {وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ}[الطلاق: ٣]: أي مَن اعتمدَ عليه وفَوَّضَ أَمْرَه إليه كَفاه، ورَجلٌ وَكَل: إذا كان قَلِيل البَطْش، ضعيفَ الحركة، يَكِلُ أمره إلى غيرِه فيما ينبغي أن يُباشرَه بنفسِهِ.

وقيل: الوَكالة في اللُّغة: الحِفْظُ، قال تعالى: {حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيل} [آل عمران: ١٧٣]: أي نِعْمَ الحافظ.

وقال أَصحابُنا: إذا قال: وَكَّلْتُك في كذا، فهو وَكيلٌ في حفظِهِ بقضيةِ اللَّفظ، ولا يَثْبُتُ ما زادَ عليه إلا بلفظِ آخر.

وأنّه قَريبٌ من الأَوّل، فإنّ مَن اعتمدَ على إنسانٍ في شيءٍ وفَوَّضَ فيه أَمْرَه إليه كان آمراً بحفظِهِ؛ لأنّه إنّما فَعَلَ ذلك لِيَنْظُرَ ما هو الأَصلحُ له، وأَصْلحُ الأشياء حفظُ الأصل؛ لأنّ التَّصرُّفات تَبْتَني عليه، وهذه المَعاني موجودةٌ في الوَكالة الشَّرعيَّة[1]، فإنّ المُوكِّل فَوَّضَ أَمْرَه إلى الوكيل، واعتمدَ

---

(١) الوكالة شرعاً: تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل، كما في

عليه وَوَثِقَ برأيه؛ لِيَتَصَرَّفَ له التَّصَرُّفَ الأَحسن، وكلُّ ذلك يَبْتَني على الحفظ.

وهو مشروعٌ بالكتاب، وهو قولُه تعالى: {فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ} [الكهف: ١٩].

وبالسُّنة، وهو ما صَحَّ أنه ﷺ وكّل بالشِّراء عُروةَ البارِقِيِّ رضي الله عنه[١]، وفي رواية أخرى: حَكيمَ بنَ حِزام رضي الله عنه[٢]، ووكَّل في النِّكاح أيضاً عَمْرو بن أُميّة الضَّمْري رضي الله عنه[٣].

درر الحكام٣: ٤٩٣.

(١) فعن عروة البارقي رضي الله عنه قال: «دفع إليَّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاةً فاشتريتُ له شاتين، فبعثَ إحداهما بدينار وجئت بالشَّاة الأُخرى والدِّينار إلى النَّبيّ ﷺ، فذكر له ما كان من أمره فقال له: بارك الله لك في صفقتك» في صحيح البُخاري ٣: ١٣٣٢.

(٢) فعن عن حكيم بن حزام رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ بعثه ليشتري له أضحيةً بدينار فاشترى أضحية، فربح بها ديناراً، ثم اشترى مكانه أُخرى فجاء بالأُضحية والدِّينار إلى رسول الله ﷺ فضحى بالشَّاة وتصدَّق بالدينار» في معجم الطبراني الكبير٣: ٢٠٥، وسنن الترمذي٣: ٨٥٥.

(٣) فعن محمد بن علي رضي الله عنه، قال: «بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النَّجاشي يخطب عليه أم حَبيبة بنت أبي سفيان، وكانت تحت عبيد الله بن جحش فزوجها إيّاه وأصدقها النَّجاشي من عنده عن رسول الله ﷺ أربعمائة دينار» في المستدرك٤: ٢٣.

وعليه تعامل النّاس من لدن الصَّدر الأوَّل إلى يومنا من غيرِ نكيرٍ.

ولأنّ الإنسانَ قد يَعْجَزُ عن مباشرةِ بعضِ الأفعالِ بنفسِهِ، فيَحْتاجُ إلى التَّوكيل، فوَجَبَ أن يَشْرَعَ دفعاً للحاجة.

قال: (**ولا تَصِحُّ حتى يكون الموكِّل ممَّن يَمْلِكُ التَّصرُّفَ**(١) **وتلزمُه الأَحْكام**(٢)**، والوَكيل ممَّن يَعْقِلُ**(٣) **العَقْدَ ويَقْصِدُه**)(٤)؛ لأنّ التَّوكيلَ استنابةٌ

---

(١) الظّاهر أنَّ المراد مطلق التصرف، وإن أريد بالتصرّف التصرّف الذي وكّل به لا مطلق التصرّف يكون قولهما لا قول أبي حنيفة ﷺ، فإنَّ المُسلِمَ إذ وكَّل الذميَّ ببيع الخمر يجوز عنده لا عندهما، كما في شرح الوقاية٤: ١٦٣: أي فالشرطُ عند أبي حنيفة ﷺ أن يكونَ التوكيلُ حاصلاً بما يملكه الوكيل، سواء كان الموكِّل مالكاً له أو لا، حتى يجوزَ عنده توكيلُ المسلمِ الذميَّ بشراءِ الخمر، كما في عمدة الرعاية ٦: ٤.

(٢) يحتمل أحكام ذلك التصرّف وجنس الأحكام، فالأول: احتراز عن الوكيل إذا وكّل، فإنَّه يملك ذلك التصرّف دون التوكيل به؛ لأنَّه لم تلزمه الأحكام وهي الملك، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان، والثاني: احترازٌ عن الصبيّ والمجنون، ويكون ملك التصرّف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصحّ؛ لأنَّ الوكيلَ إذا أذن له بالتوكيل صحّ والأحكام لا تلزمه، كما في العناية٧: ٥١١، وصححه في غاية البيان وأقرهم في الفتح٨: ١٢.

(٣) أي: يعقل أنَّ البيعَ سالبٌ والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير والفاحش، كما في درر الحكام٢: ٢٨٢.

(٤) أي: لو تصرَّف هازلاً لا يقع عن الآمر، كما في شرح الوقاية ٤: ١٦٣، لكن قال في مِنح الغفار ق٢: ١٤٢/ ب: وأما تفسيرُهم بالقصد؛ للاحترازِ عن بيعِ الهازلِ والمكره،

واستعانةٌ، والوكيلُ يَمْلِكُ التَّصرُّف بتمليك الموكِّل، وتلزمه الأحكام، فوجب أن يكون الموكِّل مالكاً لذلك ليصحّ تمليكُه، والوكيل يقومُ مقامَ الموكِّل في الإيجابِ والقَبول، فلا بُدّ أن يكون من أهلِهما، فلو وَكَّلَ صَبيّاً لا يَعْقلُ أو مجنوناً فهو باطلٌ.

ولو وكَّل صَبيّاً عاقلاً مأذوناً، أو عَبْداً مَأذوناً أو محجوراً بإذن مَولاه جاز.

وكذلك إذا وَكَّلَ المسلمُ ذمِيّاً أو بالعكس أو حَرْبيّاً مُستأمناً؛ لما ذكرنا.

قال: (**وكّل عقدٍ جاز أن يَعْقِدَه بنفسِهِ جاز أن يُوكِّلَ به**)؛ لما ذكرنا من الحاجة، (**فيجوز بالخُصومة في جميع الحُقوق وإيفائِها واستيفائِها**)؛ لما ذكرنا من الحاجة؛ لأنّه لا يَعْرِفُ ذلك كلُّ أحدٍ، والدَّليل عليه الحديثُ المَشهورُ: «ولعلَّ أحدَكم أن يكون أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ من بعض»[1]، وعليٌّ ﷺ: «وَكَّلَ أَخاه عَقِيلاً وابنَ أخيه عبد الله بن جعفر»[2].

فخارج عن المقصود؛ لأنَّ الكلامَ الآن في صحَّةِ الوكالة، لا في صحَّةِ بيعِ الوكيل؛ ولذا تركَه في الكنز ص١٣٢، وتركناه في المختصر ص١٥٦ أيضاً.

(١) سبقه تخريجه عن أم سلمة رضي الله عنها في صحيح البخاري٩: ٨٩.

(٢) فعن عبد الله بن جعفر قال: «كان عليُّ بن أبي طالب ﷺ يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خُصومة وَكَّل فيها عَقيل بن أبي طالب، فلَمّا كَبُر عَقيل وكَّلني» في السنن الكبرىٰ للبيهقي٦: ١٣٤، والسنن الصغير للبيهقي٢: ٣٠٨.

قال: (**إلا الحُدودَ والقِصاصَ، فإنّه لا يجوز استيفاؤها مع غَيْبَةِ المُوكِّل**)؛ لأنّ احتمالَ العَفْو ثابتٌ للنَّدب إليه، وللشَّفقة على الجنس، وأنّه شُبهةٌ، وأنّها تَنْدَرئ بالشُّبهات، بخلاف ما إذا حَضَرَ لانتفاءِ هذا الاحتمال.

وقال أبو يوسف ﷺ: لا يجوز التَّوكيل بإثباتِ الحُدود والقِصاص؛ لأنّها نيابةٌ، فيُتَحَرَّز عنها في هذا الباب كالشَّهادة على الشَّهادة.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ الجنايةَ سببُ الوجوب، والظُّهورُ يُضاف إلى الشَّهادة، والخُصومةُ شَرْطٌ، فيجوز التَّوكيلُ به كسائر الحُقوق، لا بخلاف الاستيفاءِ على ما بيّنّا.

قال: (**ولا يجوزُ بالخُصومة إلا برضاء الخَصْم، إلا أن يكون المُوكِّل مَريضاً أو مُسافراً**)(١).

---

(١) قال في الهداية: لا خلاف في الجواز، إنَّما الخلاف في اللزوم، يعني: هل ترتد الوكالة برد الخصم عند أبي حنيفة ﷺ؟ نعم، واختاره المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي، ورجح دليله في كل مُصنَّف، وعندهما: لا، ويجبر، واختار أبو الليث ﷺ الفتوى على قولهما، وبه أخذ أبو القاسم الصفار، وقال في فتاوى العتابي: هو المختار، وقال السَّرَخْسيُّ ﷺ: الصحيح أنَّ القاضي إذا عَلم من الموكِّل القصدَ بالإضرار إلى المدعي بالتوكيل بحِيَلِهِ وأباطيله لا يقبل منه التوكيل إلا برضا خصمه، وإلا فيقبله، وقيد بالخصومة؛ لأنَّ التوكيل بقبض الدين والتقاضي والقضاء بغير رضا الخصم جائز إجماعاً، كما في الجوهرة١: ٢٩٨، وفي درر الحكام٢: ٢٨٢: أنَّ المتأخرين اختاروا قول السرخسي ﷺ للفتوى، وقال في الحقائق: وإليه مال الأوزجندي، كما في التصحيح ص٢٧٢.

وقالا: يجوز بغير رضاه.

ومعناه: أنّه لا يجب على الخَصم إجابةُ الوكيل عنده، وعندهما يجب؛ لما رُوِي أنّ علياً رضي الله عنه «وَكَّلَ بالخصومة مُطلقاً»(١)، ولأنّه توكيلٌ بحقٍّ، فيجوز كالتَّوكيل باستيفاء الدَّين.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: قوله صلى الله عليه وسلم: «يا عليّ لا تقض لأحد الخصمين حتى يحضر الآخر»(٢)، وفي رواية: «حتى تَسْمَع كلام الآخر»(٣)، فيُشْتَرُط حضورُه أو استماعُ كلامه، ولأنّ الخصومةَ تلزم المطلوب حتى يجب عليه الحضور والجواب، فلا يجوز أن يحيلَه على غيرِه بغير رضاه كالدَّين.

ولأنّ النّاس يَتَفاوتون في الخُصومة، فلعلَّ الوكيل يكون أشدُّ خصاماً وأكثرُ احتجاجاً، فيتضرَّر الخصم بذلك، فلا يلزمه إلا برضاه، بخلافِ المريض العاجز عن الخُصومة، فإنّه لا يَسْتَحِقُّ عليه الحُضور، وكذلك المُسافر؛ لأنّ في تكليفِهِ السَّفر مَشقّةٌ، فلا يلزمه الحُضور، فجاز لهما التَّوكيل.

ولا فَرْقَ في ظاهر الرِّواية بين الرَّجل والمرأة البكر والثيّب، واستحسن المتأخرون أنّ المرأةَ إذا كانت مُخَدَّرةً(٤) جاز توكيلها بغير رضاء الخصم؛ لعجزها عن الخُصومة بسببِ الحَياء والدَّهشة.

---

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

(٢) بيض لها ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٢٦٤.

(٣) سبق تخريجه عن عليٍّ رضي الله عنه في مسند أحمد١: ٩٠، وسنن الترمذي٣: ٦١٨، وحسنه.

(٤) المُخَدَّرَة من الخَدر بفتح الخاء: إلزامُ البنتِ الخِدر بكسر الخاء، وهو ستر يمدُّ

قال: (**وكلُّ عَقْدٍ يُضيفُه الوَكيلُ إلى نفسِهِ كالبَيْع والإجارة والصُّلحِ عن إقرارٍ تتعلَّق حقوقُه به، من تسليمِ المَبيعِ ونقدِ الثَّمنِ والخُصومةِ في العَيْبِ وغيرِ ذلك، إلاّ العَبْدَ والصَّبيَّ المَحْجورين، فتجوز عقودُهما، وتَتَعَلَّقُ الحقوقُ بموكلِهما**)؛ لأنّ الوكيلَ هو العاقدُ، ولا يَفْتَقِرُ في هذه العُقُودِ إلى ذِكرِ الموكِّل، والعاقدُ الآخر اعتمدَ رجوع الحقوق إليه، فلو لم تَرْجِعُ إليه يتضرَّر على تقديرِ كون الموكِّل مُفْلساً، أو مَن لا يَقْدِرُ على مُطالَبتِهِ واستيفاءِ الثَّمن منه، وأنّه مُتْتفٍ، بخلاف النِّكاح وأَخواته، فإنّه لا بُدّ من ذِكْرِ المُوكِّل وإسنادِ العَقْد إليه، فلا ضَرَرَ حينئذٍ، وكذلك الرَّسول؛ لأنّه يُضيفُ العَقْدَ إلى مُرْسِله.

ولأنَّ الوَكيلَ هو العاقدُ حقيقةً بكلامِهِ، وحُكماً؛ لعدم إضافةِ العَقْدِ إلى غيرِهِ، فيكون أَصْلاً في الحُقوق، ثمّ يثبتُ الملك للموكِّلِ خلافةً نظراً إلى التَّوكيل السَّابق: كالعَبْدِ يتهبُ أو يَصطادُ.

أمّا الصَّبيُّ والعبدُ فيَنْفَذُ تَصَرُّفُهما؛ لأنّهما من أهلِه، حتى لو كانا مَأذونين جازَ على ما مَرّ في الحَجْر، إلا أنّ الحُقوقَ لا تَتَعلَّق بهما؛ لأنّهما ليسا

للجارية في ناحية البيت. ويطلقُ الخِدر على البيتِ إن كان فيه امرأةٌ، وإلاَّ لا. فالحاصلُ: أنَّ المُخَدَّرةَ هي التي لا تخرج عن بيتها إلى الأسواقِ غالباً، ولم تخالطْ مع الرجال، فإنَّ الخروجَ للحاجةِ لا يقدحُ في تخديرها ما لم يكثر، بأن تخرجَ لغيرِ حاجة، ولو حضرت مجلس القضاء لا يمكنها أن تنطقَ بحقّها لحيائها، فيلزمُ توكيلها، وهذا شيءٌ استحسنه المتأخّرون، وعليه الفتوى، كما في الهداية٣: ١٣٧، والكفاية٦: ٥٦٢، والفتح٦: ٥٦١، وحاشية الطحطاويّ٣: ٢٦٦، والمصباح ص١٦٥.

من أهل التَّبرُّعات، والتزام العُهْدة؛ لقُصور أَهليّةِ الصَّبيِّ ولحقِّ السَّيد، فيلزم الموكِّل.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لو عَلِمَ العاقدُ الآخر أنّه محجورٌ عليه بعد العَقْد، فله خيار العَيْب؛ لاعتقادِهِ رُجوعَ الحُقُوق إلى العاقِدِ، وقد فاته فيَتَخَيَّر.

قال: (**وإذا سَلَّم المَبيعَ إلى الموكِّل لا يَرُدُّه الوَكيلُ بعيبٍ إلا بإذنِهِ**)؛ لأنّه تعلَّق به حقُّ الموكِّل، وانتقلَ الملك إليه، فصار كما إذا باعه من آخر.

قال: (**وللمُشتري أن يَمْتَنِعَ من دَفْع الثَّمن إلى الموكِّل**)؛ لما بَيَّنَّا أنّ الحُقُوقَ راجعةٌ إلى الوَكيل، فهو أَجْنبيٌّ من العَقْد.

(**فإن دَفَعَه إليه جاز**)؛ لأنّه حَقُّه، وليس للوكيل أن يُطالبَه به؛ إذ لا فائدة في الأخذِ منه، ثمَّ يدفعُه إليه.

ولو كان للمُشتري عليهما دينٌ أو على الموكِّل تقع المقاصّةُ بدينِ الموكِّل؛ لما بَيَّنَّا أنّه حقُّه، وتَقَعَ المُقاصّةُ بدَينِ الوكيل لو كان وحدَه؛ لأنّه يَمْلِكُ الإبراءَ عنه، لكن يَضْمَنُهُ للموكِّل.

قال: (**وكلُّ عَقْدٍ يُضيفُه إلى موكلِهِ، فحقوقُه تتعلَّق بموكلِه: كالنِّكاح والخُلْعِ والصُّلْحِ عن دم العَمْد**)، فلا يُطالب وكيلُ الزَّوج بالمهر، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمَها، ولا بدلَ الخُلْع؛ لأنَّ الوكيلَ سفيرٌ، ولهذا لا بُدَّ له من ذكرِ الموكِّل، وإسنادُ العقدِ إليه، حتى لو أَضاف العَقْدَ إلى نفسِهِ كان النِّكاح واقعاً له لا لموكلِهِ كالرَّسول.

والخُلْعُ والصُّلحُ عن دمِ العَمْدِ إسقاطٌ كما يوجد يتلاشى[١]، فلا يُمكنُ صدورُه من شخصٍ وثبوتُ حكمِه لغيره.

(و)على هذا (**العِتْق على مالٍ والكِتابةِ والصُّلحِ عن إنكارٍ والهِبة والصَّدقة والإعارةِ والإيداع والرَّهنِ والإقراض والشَّركةِ والمُضاربةِ**)؛ لأنّ الحكمَ يثبتُ في هذه الأشياء بالقَبْض، وأنّه يُلاقي محلاً مملوكاً للمُوكِّل، فكان سَفِيراً.

وكذا لو كان وَكيلاً من الجانبِ الآخر؛ لأنّه يُضيفُ العَقدَ إلى المالك، إلا في الاستقراضِ، فإنَّ التَّوكيلَ به باطلٌ، ولا يَثْبُتُ الملكُ فيه للمُوكِّل، بخلاف الرّسول.

فصل

الجَهالةُ ثلاثةُ أَنواع: فاحشةٌ، ويسيرةٌ، وبينهما.

---

(١) أي: لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب؛ لأنه إسقاط فيتلاشى، فلا يتصوّر صدوره من شخص، وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيراً، كما في الهداية٣: ١٣٨، يعني أنّ السَّببَ في هذه العقود إسقاط فيتلاشى، ومعنى الإسقاط في غير النِّكاح ظاهر، وأما فيه فلأن الأصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن؛ لكونهن من بنات آدم كالذكور، إلا أن الشَّرع أثبت نوع ملك على الحرّة بالنكاح ضرورة النَّسل، وفي ذلك إسقاط لمالكيتها فيتلاشى، فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره، كما في العناية٨: ١٩.

فالأُولىٰ: جَهالةُ الجنس: كالتَّوكيل بشراءِ ثوبٍ أو دابّةٍ، فإنّه لا يَصِحُّ وإن سَمَّىٰ الثَّمن؛ لأنّه لا يُمكن الوَكيلُ امتثالُ ما وكَّله به؛ لتَفاوته تَفاوتاً فاحِشاً.

والثَّانية: جَهالةُ النَّوعِ والصِّفة: كالحِمار والفَرس وقَفِيز حِنْطةٍ وثَوب هَرَويّ، فإنّه يصحُّ وإن لم يُقَدِّر الثَّمنَ؛ لأنَّ الوكيلَ يقدرُ علىٰ تحصيل مقصوده، وتتعيَّن الصِّفة بحال الموكِّل، واختلاف الصِّفة لا يوجب اختلاف المقصود، فصار كأنّه وكَّله بشراءِ ثوبٍ هَرَويٍّ بأي صفةٍ كان وبالثَّمن المعتاد، وقد صحَّ أنَّ النّبيَّ ﷺ: «وكّل حَكيم بنَ حِزام بشراء شاةٍ للأُضْحية»[1].

والثَّالثةُ: التَّوكيل بشراءِ عبدٍ أو جاريةٍ أو دارٍ إن سَمَّىٰ الثَّمن صَحَّ، وإلا فلا؛ لأنَّ الجمالَ منفعةٌ مقصودةٌ من بني آدم، ويختلف في ذلك الهندي والتُّركي، فإذا سَمَّىٰ الثَّمن أَلحقناه بمجهول النّوع، وإن لم يُسمِّ أَلحقناه بجهالةِ الجنس؛ لأنَّ بالتَّسميةِ يصيرُ معلومَ النَّوع عادةً، فإنَّ ثَمَنَ كلِّ نوعٍ مَعْلومٌ عادةً.

قال: (**ومَن وَكَّلَ رَجُلاً بشراءِ شيءٍ ينبغي أن يذكرَ صفتَه وجنسَه أو مبلغَ ثمنِه**)؛ لأنَّ بذلك يصير مَعلوماً، فيَقْدِرُ الوكيلُ عليه، (**إلا أن يقول له: ابتع لي ما رأيت**)؛ لأنّه فوَّضَ الأمرَ إلىٰ رأيه، فأيّ شيءٍ اشترىٰ كان مؤتمراً.

---

(١) سبق تخريجه قبل صفحات.

قال: **(وإن وَكَّلَه بشراءِ شيءٍ بعينِهِ ليس له أن يشتريه لنفسِهِ)**[١]؛ لأنَّ الآمرَ اعتمد عليه في شرائِه، فيصير كأنّه قد خدعه بقبول الوَكالة ليشتريه لنفسِه، وأنّه لا يجوز.

(فإن اشتراه بغير النَّقدين أو بخلاف ما سَمَّى له من جنس الثَّمن، أو وكَّلَ آخر بشرائه وَقَعَ الشِّراءُ له)؛ لأنّه خالفَ أَمر المُوكِّل فوَقَعَ له؛ لأنَّ الوكيلَ بالشِّراءِ لا يجوز له أن يشتري إلا بالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنّه المعروف، والمعروفُ كالمَشروطِ.

وقال زُفَر ﷺ: إذا اشتراه بكيليٍّ أو وَزْنيٍّ يقعُ للمُوكِّل؛ لأنّه شُراءٌ من كلِّ وجهٍ لتعلُّقِهِ بالذِّمّةِ كالنَّقْدين، بخلافِ ما إذا اشتراه بعينٍ لا يَثْبُتُ في الذِّمّة؛ لأنّه بيعٌ من وجهٍ شِراءٌ من وجهٍ.

ولنا: أنّه يَنْصَرفُ إلى المُتَعارف عند الإطلاق، وهو النَّقدان، فيَتَقَيَّدُ به.

ولو عقَدَ الوكيلُ الثَّاني بحضرةِ الأوّلِ لزم الموكِّل؛ لأنّه برأيه، فلم يكن مخالفاً.

---

(١) معناه: لا يتصوّر أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل؛ لأنَّ فيه عزل نفسه، وهو لا يملك عزل نفسه، والموكِّل غائبٌ، حتى لو كان الموكِّلُ حاضراً وصرّح بأنَّه يشتريه لنفسه كان المُشترى له؛ لأنَّ له أن يعزل نفسه بحضرة الموكِّل، وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه؛ لأنَّ فيه تغريراً له، كما في التبيين٤: ٢٦٣، ورجحه في الهداية٨: ٤١، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ والموصليّ وصدر الشريعة، تصحيح، كما في اللباب١: ٢٩٧.

قال: (**وإن كان بغيرِ عينِهِ فاشتراه فهو له، إلا أن يدفعَ الثَّمنَ من مالِ الموكِّل، أو يَنْوي الشِّراءَ له**)، وهذا لا يخلو:

أمّا إن أضافَ العَقْدَ إلى دراهمِ الآمر أو نَقَدَ الثَّمن من مال الآمر، فيَقَعُ للآمر عَمَلاً بالظَّاهر.

وإن أَضافه إلى دراهمِ نفسِه كان لنفسِه عَمَلاً بالمُعتاد، فإنَّ الشِّراءَ وإضافةَ العقدِ إلى دراهِمِهِ مُعتادٌ غيرُ مُستنكرٍ شَرْعاً.

وإن أضافَه إلى مُطلقِ الدَّراهم، فإن نَواه للآمرِ فله، وإن نَواه لنفسِهِ فلنفسِهِ؛ لأنّ له أن يعملَ لنفسِهِ وللآمر.

وإن تَكاذبا في النِّيّة يُحَكَّم النَّقدُ؛ لأنّه دليلٌ.

وإن تَوافقا على عدمِ النِّيّة:

قال مُحمّد ﵁: هو للعاقد عَمَلاً بالأصل.

وقال أبو يوسف ﵁: يُحكَّم النَّقْدُ؛ لاحتمال الوجهين.

والوَكيلُ بشراءِ شيءٍ بعينِهِ يقعُ العَقْد والملك للمُوكِّل وإن لم يضف العقد إليه، إلا في مسألة، وهو ما إذا قال لعبدِ غيره: اشترِ لي نفسَك من مولاك، فقال لمولاه: بعني نفسي من فلان، فباعه فهو للآمر؛ لأنّه يصلح وكيلاً عنه في ذلك؛ لأنّه أَجْنبيٌّ عن ماليّتِه.

وإن وَجَدَ به عَيْباً إن عَلِم به العبدُ لا يَردُّه؛ لأنّ عَلِمَ الوَكيلِ كعِلْمِ المُوكِّل، وإن لم يَعْلَم فالرَّدُّ للعَبْد.

وإن لم يَقُل: «من فلانٍ» عَتَقَ؛ لأنَّ بيعَ العبدِ من نفسِهِ إعتاقٌ.

أمره أن يشتري له كُرَّ حِنْطةٍ من قريةٍ كذا، فالحملُ على الآمرِ؛ لجريان العادة، والعرف بذلك.

قال: (**والوَكيلُ في الصَّرفِ والسَّلَمِ تُعْتَبرُ مُفارقتُه لا مُفارقة المُوكِّل**)؛ لما ذكرنا أنّ الحقوقَ تَرْجِعُ إليه، ومُرادُه الوَكالةُ بالإسْلام لا بالقَبول، فإنّه لا يجوز أن يَبيعَ الوَكيل في ذمَّتِهِ على أن يكون الثَّمنُ لغيره.

قال: (**وإن دَفَعَ إليه دراهم ليشتري بها طَعاماً فهو على الحِنْطة ودَقيقها**) اعتباراً بالعرف، (**وقيل: إن كانت كثيرةً فعلى الحِنْطة، وقليلةٌ فعلى الخُبْز، ومتوسطة فعلى الدَّقيق**) اعتباراً بالعُرف أيضاً.

وإن كان في موضع يتعارفون أكل غير الحِنْطة وخبزها، فعلى ما يتعارفونه.

قال: (**وإن دَفَعَ الوكيلُ الثَّمن من ماله، فله حبسُ المبيع حتى يقبض الثَّمن**)؛ لأنّه بمنزلةِ البائعِ من الموكِّل حُكماً حتى يردَّه الموكِّلُ على الوَكيلِ بالعيب، ولو اختلفا في الثَّمن تحالفا.

(**فإن حَبَسَه وهَلَكَ، فهو كالمَبيع**)[1]؛ لما قُلنا.

---

(١) يعني: أنَّه يهلك بالثمن، كما في التبيين٤: ٢٦١، بأن يسقط الثمن قلّ أو كَثُر، وذلك أنَّ الوكيلَ يجعل كالبائع والموكّل كالمشتري منه، ويجعل المبيع كأنَّه هَلَكَ في يد البائع قبل

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: كالرَّهن[1]؛ لأنّه حَبَسَه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوساً، وهو معنى الرَّهن.

قال: (**وإن وكَّله بشراءِ عشرةِ أرطالِ لحمٍ بدرهمٍ فاشترى عشرين ممَّا يُباع منه عشرة بدرهم لزم الموكِّل عشرة بنصف درهم**).

وقالا: يلزمه العُشْرون؛ لأنّه أَمره بالشَّراءِ بدرهم، بناءً على أنّ سِعْرَ اللَّحم عشرةٌ بدرهم، فقد زادَه خَيْراً، كما إذا وكَّله ببيعِ عبدِه بألفِ درهم فباعَه بألفين.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ المقصودَ إنّما هو اللَّحم لا إخراج الدِّرهم، وقصدُه تعلَّق بعشرةِ أرطال لحم، فتبقى الزِّيادة للوكيل، بخلاف مسألة العبد؛ لأنَّ المقصودَ بيعُه، والزَّائد حَصَلَ بدل ملكه، فيكون له.

ولو اشترى من لحمٍ يُساوي عشرين رَطلاً بدرهمٍ فهو مخالفٌ؛ لعدم حصول المقصود، وهو السَّمين، وهذا هَزيلٌ، فلا يلزمه.

قال: (**والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه بالقَليلِ وبالنَّسيئة وبالعَرْض، ويأخذ**

التسليم إلى المشتري، فينفسخ البيع بين الوكيل والموكِّل، ولا يكون لأحدهما على الآخر شيءٌ، كما في البائع والمشتري، كما في الجوهرة١: ٣٠٢.

(١) وعند زفر رضي الله عنه: ضمان الغصب، وصورة ضمان الغصب: هو أن تجب قيمته بالغة ما بلغت، فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، كما في الجوهرة١: ٣٠٢.

الثَّمن رَهناً وكفيلاً).

وقالا: لا يجوز إلا بمثلِ القَيمةِ حالاً أو بما يَتَغابنُ فيه(١)، ولا يجوز إلاّ بالأَثْمان؛ لأنّ الأمرَ عند الإطلاق يَنْصَرفُ إلى المُعتاد، كما إذا أَمره بشراءِ الفَحْم يَتَقَيَّدُ بالشِّتاء، وبالجَمَد بالصَّيف وغير ذلك، والمُتَعارفُ هو ثمنُ المِثْل وبالنَّقدين.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّه وَكَّلَه بمطلق البَيْع، وقد أتى به، فيجوز إلا عند التُّهمة، على أنَّ البيعَ بالغُبْنِ مُتعارفٌ عند الحاجة إلى الثَّمن، وكذلك البَيْعُ بالغُبْنِ عند كراهةِ المَبيع.

وعن أبي حنيفة ﵁: المنعُ فيما ذكرا من المَسائل، ولأنّه بيعٌ من كلِّ وجهٍ حتى يحنثَ به في قوله: لا يبيع، وإنّما لا يملكُه الوَصِيُّ والأَبُ مع كَونِهِ بَيْعاً؛ لأنَّ ولايتَهما نظريّةٌ، ولا نَظَرَ في البَيْع بالغُبن.

---

(١) قال في «البزازية»: وعليه الفتوى، لكن في «التصحيح»: ورَجَّحَ قولَ الإمام وهو المعوَّل عليه عند النسفي، وهو أصحُّ الأقاويل، والاختيار عند المحبوبيّ ووافقه الموصليّ وصدر الشريعة، اهـ، وعليه أصحابُ المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية، وفي التصحيح أيضاً: قال القاضي: واختلفت الروايات في الأجل، والصحيحُ يجوز على كلّ حال، وعن أبي يوسف ﵁: إن كان التوكيل بالبيع للحاجة إلى النفقة وقضاء الدين ليس له أن يبيع بالنسيئة وعليه الفتوى، كما في اللباب١: ٣٠١.

قال: (**ولا يصحُّ ضَمانه الثَّمن عن المشتري**)؛ لأنّ الحقوقَ تَرْجِعُ إليه، فيكون مطالِباً ومطالَباً، وأنّه مُحَالٌ.

قال: (**والوَكيلُ بالشِّراء لا يجوز شراؤه إلا بقيمةِ المِثْلِ وزيادةٍ يُتَغابنُ فيها**)؛ لاحتمالِ التُّهمة، وهو أنّه يجوز أنّه اشتراه لنفسِهِ ثمَّ وجدَه، أو غالي الثمن فألحقه بالموكل ولا كذلك في البيع؛ لأنّه لا يجوز أن يبيعه لنفسه فلا تُهمةٍ.

ولو أنّه وكَّله بشراءِ شيءٍ بعينه جاز؛ لأنّه لا يجوز أن يشتريه لنفسه؛ لما مَرّ، فانتفت التُّهمة.

وكذا الوكيل بالنّكاح إذا زوَّجه بأكثر من مهرِ المثل جاز على الموكِّل لانتفاء التُّهمة؛ لأنَّه لا يجوز أن يتزوَّجها، بخلاف الوَكيل بمطلق الشِّراء.

وعندهما: يتقيَّدُ في الكلِّ بثمنِ المثل، ومهر المثل.

(**وما لا يُتغابنُ فيه في العُروض في العَشرة زيادةُ نصفِ درهمٍ، وفي الحيوان درهمٍ، وفي العَقار درهمين**)[1]؛ لأنّ قلَّة الغُبن وكثرته بقلّة التَّصرُّف وكثرته، والتَّصرُّفُ في العُروض أكثر، ثمّ في الحيوان، ثمّ في العَقار.

---

(١) المشهور أنّ الغبن الفاحش هو الزِّيادة الكبيرة في ثمن المبيع التي خرجت عن تقويم المقومين من أهل السُّوق، فهي زائدةٌ عن السِّعر المتداول في السُّوق، وطالما أنّها ترجع لتقويم السُّوق، فيكون مردها للعرف المتداول في أنواع السِّلع، وبالتَّالي سيختلف من بلدٍ إلى بلد ومن مكانٍ إلى مكان.

قال: **(ولو وكَّله ببيع عبدٍ فباع نصفَه جاز)**.

وقالا: لا يجوز؛ لما فيه من تعييبه بالشَّركة.

ولو أنّه لو باع جميعَه بهذا القدر جاز عنده، فهذا أولى.

ولو باع باقيه قبل أن يختصما جاز عندهما؛ لأنّ بيعَ البعض قد يكون وسيلة إلى بيع الباقي، بأن لا يجد مَن يَشتريه جملةً.

(وفي الشِّراءِ يتوقَّفُ، فإن اشترى باقيه قبل أن يَختصما جاز).

وقال زُفر رضي الله عنه: إذا اشترى نصفَه يقع للوكيل بكلِّ حال؛ لأنّه صار مخالفاً بشراءِ النِّصف فيقعُ له، ويَقَعُ الثَّاني له أيضاً.

ولنا: أنّ شِراءَ الكلِّ قد يَتَعَذَّرُ جملةً واحدةً بأن يكون مشتركاً بين جماعة، فيَشتري شِقْصاً[1] شِقْصاً، فإن اشترى باقيه قبل أن يَرُدَّ الموكِّلُ البيعَ تبيَّنَ أنّه اشترى البعض ليتوسَّل به إلى شراءِ الباقي، فلا يكون مخالفاً، فينفذُ على الموكِّل.

أَمَرَه بالبيع الفاسد فباع جائزاً جاز، وقال مُحمّد رضي الله عنه: لا يجوز؛ للمخالفة، فإنّه أَمره ببيع يملك نقضَه، ولا يُزيل ملكه بالعَقد، وصار كما إذا

وينبغي أن يكون ما ذكرتُه مجلة الأحكام العدلية المادة١٦٥: من التَّقدير للغبن بالزِّيادة على (٥٪) في العروض، و(١٠٪) في الحيوانات، و(٢٠٪) في العقارات، يرجع إلى العرفِ المتداول في زمنها، ولنا أن نُقدِّر غيره في زماننا بعد التَّفحص للسُّوق.

(١) الشِقص: الجزء من الشيء، كما في المغرب ١: ٢٥٥.

أَمَرَه بالبيع بشرط الخيار فباعه باتاً.

ولهما: أنّه أمره بالبَيْع، وأن يَشترط شَرْطاً فاسداً، والأمرُ بالبيع صحيحٌ وباشتراطِ شرطٍ فاسدٍ باطلٌ، فصار أمراً بمطلق البيع، فينصرفُ إلى الصَّحيح.

ولا نُسلِّم أنّ البيعَ الفاسد يَقْدِرُ على نقِضه مطلقاً، فإنّه لو باع العبد من قريبه وقبضه عَتَقَ عليه، وكذا قد يزول الملك بنفس العقد بأن يكون المبيع في يد المشتري.

قال: (**ولا يعقد الوَكيلُ مع مَن لا تُقبَلُ شَهادتُه له إلا أن يبيعَه بأكثر من القَيمة**).

وعندهما: يجوز بمثلِ القيمةِ إلا من عبدِه ومكاتبِه؛ لعدم التُّهمة؛ إذ الأملاكُ بينهم منقطعة.

أمّا العبد فيقع البيع لنفسِه، وكذا المكاتب؛ لثبوت الحقِّ للمولى في كسبِهِ حال الكتابة، وحقيقةَ بعَجْزه.

وله: أنّه موضعُ تُهمةٍ بدليل عدم قَبول الشَّهادة، وموضعُ التُّهمةِ مُستثنىٰ من الوَكالة، ولأنّ المَنافعَ بينهم مُتصلةٌ، فشابه البَيع من نفسِهِ.

وعلى هذا الخلاف الإجارة، فإذا كان البيع بأكثر من القيمةِ لا تهمة.

قال: (**وليس لأحدِ الوَكيلين أن يَتَصَرَّفَ دون رفيقِهِ إلاَّ في الخُصومة**)؛ لأنّه ما رَضِيَ إلا برأيهما، واجتماعُ الرَّأي له أثرٌ في تَوْفيرِ المَصْلحة.

أمّا ما لا تأثيرَ له في اجتماع الرَّأي فيه، وما لا يُمكن الاجتماعُ عليه يجوزُ أن يَنْفَردَ به أحدُهما كالخُصومة، فإنّه لا يُمكن اجتماعُهما عليها.

(**والطَّلاقِ، والعِتاقِ بغيرِ عِوَض، ورَدِّ الوَديعةِ، وقَضاءِ الدَّين**)؛ لأنّ اجتماعَ الرَّأي لا تأثير له في ذلك.

قال: (**وليس للوكيلِ أن يُوكِّل إلاّ بإذن الموكِّل أو بقوله: اعمل برأيك**)؛ لأنّه ما رَضِي إلاّ برأيه، والنَّاسُ يتفاوتون في الآراء، فإذا أَذِن له، أو قال: اعمل برأيك، فقد فوَّضَ إليك الأمرَ مُطلقاً ورَضِي بذلك، فإذا أجاز كان وكيلاً عن الموكِّل الأوّل؛ لأنّه يعملُ له، ولا ينعزلُ بعزلِ الوَكيلِ الأوَّل ولا بموتِه، وهو نظيرُ القاضي إذا استخلف قاضياً، وقد مَرّ.

(**وإن وَكَّلَ بغيرِ أَمره فعَقَدَ الثَّاني بحضرةِ الأوَّلَ جاز**).

وقال زُفر ﷺ: لا يجوز؛ لأنّ التَّوكيل ما صَحَّ، فصار كما إذا عَقَدَ بغَيْبَتِهِ.

ولنا: أنّه إنّما جاز برأيه والموكِّلُ راضٍ به، وكذا إذا عَقَدَ في غيبةِ الأوَّل فأجاز، وهكذا كلُّ عقدِ معاوضةٍ.

وما ليس بمعاوضة كالنِّكاح والطَّلاق لا يجوز بإجازتِه؛ لأنَّه لا يَتَوَقَّفُ على إجازةِ الوَكيل؛ لأنّه سَفيرٌ لا يتعلَّقُ به حقوقُ العقد، بل يَتَوَقَّفُ على إجازةِ الموكِّل، وقد عُرِف.

قال: (**وللمُوكِّلِ عَزْلُ وَكيلِه**)؛ لأنّ الوكالةَ حقُّه، فله أن يبطلَها، إلاّ أن يتعلَّق بها حقُّ الغير: كالوَكالةِ المَشروطةِ في بيعِ الرَّهن ونحوه، فليس له عزلُه؛ لما فيه من إبطالِ حقِّ الغَيْر.

(**ويَتَوقَّفُ على علمِهِ**)؛ اعتباراً بنهي صاحب الشَّرع، ولأنه لو انعزل بدون علمِهِ يتضرَّر؛ لأنَّ الحقوقَ ترجعُ إليه، فيتصرَّفُ في مالِ الموكِّل بناءً على الوَكالة، فيَنْقُدُ الثَّمن ويُسلِّم المبيعَ فيَضْمَنُه، وأنَّه ضَرَّرٌ به، وهو نظيرُ الحِجْر على المأذون.

وكذلك لو عَزَلَ الوَكيل نفسَه لا يَنْعَزِلُ بدون علم الموكِّل؛ لأنّه عقدٌ تَمَّ بهما، وقد تعلَّق به حقُّ كلِّ واحدٍ منهما، ففي إبطالِهِ بدون عِلْم أحدِهما إضرارٌ به.

قال: (**وتَبْطلُ الوَكالة بموتِ أحدِهما وجنونِهِ جُنوناً مُطبقاً ولحاقِهِ بدار الحربِ مُرتدّاً**)[1].

أمّا الموتُ؛ فلإبطال الأَهلية، ولأنّ الأَمر يَبْطُلُ بالموت، وكذلك الجنون، وكذلك ملك الموكل يَزول بموتِهِ إلى الوَرثة، واللَّحاق مع الرِّدَّة موت حكماً.

---

(١) قال في التصحيح: قالوا: هذا قول أبي حنيفة ﷺ واعتمده النسفي والمحبوبي، كما في اللباب ١: ٣٠٠.

ولو جُنَّ يوماً ويفيق يوماً لا يبطل؛ لأنّه في معنى الإغماء؛ لأنّه عجز يحتمل الزَّوال كالعجز بالنَّوم والإغماء.

وعن أبي يوسف ﷺ: لا ينعزل حتى يُجنَّ أكثر السَّنة؛ لأنّه متى دام كذلك لا يَزول غالباً، فصار كالموت.

وعن مُحمّد ﷺ: سنةٌ، وهو الصَّحيح[1]؛ لأنّه إن كان لعلّةٍ أو مَرَضٍ يزول أو يتغيَّرُ في سنةٍ؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارةِ الهواءِ وبرودتِهِ ويُبْسِهِ ورطوبتِه، فإذا لم يزل فيها، فالظَّاهر دوامُه.

ولو لحق الموكِّل أو الوكيل بدار الحرب مُرتدّاً ثمّ عاد لا تعود الوكالة للحُكم ببطلانها.

وقال مُحمّد ﷺ: تعود كالمريض إذا برأ، والمجنون إذا أفاق.

قال: (**وإذا عَجَزَ المكاتب أو حُجِر على المأذون أو افترق الشَّريكان بَطَلَ توكيلُهم وإن لم يعلم به الوَكيل**)؛ لأنّ بهذه العَوارض لم يَبْقَ للمُوكِّل مالٌ، وانتقل إلى غيره، فيَقَعُ تَصَرُّفُ الوكيل في مال الغير بغير أَمْره، فلا يجوز، وصار كالموت.

---

(١) وصححه في درر وغيرها، لكن في «الشرنبلالية» عن «المضمرات»: شهر، وبه يفتى وكذا في القُهُستانيّ والباقاني وجعله قاضي خان في فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبي حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ، كما في الدر المختار٥: ٥٣٨.

ولو وكَّله، وقال: كلَّما عزلتُك فأنت وكيلي صحَّ ويكون لازماً، وطريق عزله أن يقول: عزلتُك كلَّما وكلتك، وقيل: لا ينعزل بذلك؛ لأنّ العَزْلَ عن الوكالة المعلَّقة لا يصحُّ، والأَصحُّ[1] أن يقول: رجعتُ عن الوكالة المُعلَّقة، وعزلتُك عن الوكالة المُنَجَّزة.

قال: (**وإذا تَصرَّفَ الموكِّل فيما وُكِّل به بَطَلَت الوكالة**)، والمرادُ تصرُّفاً يعجزُ الوكيلُ عن البيع؛ لأنّه عَزْلٌ حكماً، وذلك كالبيعِ والهِبةِ مع التَّسليمِ والإعتاقِ والتَّدبيرِ والكتابةِ والاستيلاد.

وإذا كان تَصرُّفاً لا يعجزُه لا يَنْعَزِلُ، كما إذا أذن للعبد في التِّجارة أو رَهَنَه أو آجره؛ لأنّه لا يُعْجزُه عن عقدٍ يوجب الملك للمُشتري.

ولو وكَّله ببيع عبدٍ فباعه الموكِّلُ بَطَلَت الوَكالة.

ولو باعاه معاً: قال محمّدٌ ﵁: هو للمُشتري من الموكِّل؛ لأنّه باع ملكه، فكان أولى.

وعند أبي يوسف ﵁: هو بينهما؛ لأنّ بيع الوكيل مثل بيع الموكِّل عنده، ألا ترى أنّه لو تقدَّم بطل ببيع الموكِّل كما إذا تقدَّم بيع الموكِّل بطل بيع الوكيل، وإذا استويا كان بينهما؛ لعَدَم الأَولويّة.

---

(١) واختاره في غرر الأحكام٢: ٢٩٥، والملتقى٢: ٧٤١؛ لأنه إذا رجع عنها لا يبقى لها أثر، فإذا قال بعدها: وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلَّما فحينئذ ينعزل، كما في مجمع الأنهر٢: ٧٤١.

قال: (**والوكيلُ بقبضِ الدَّين وكيلٌ بالخُصومةِ فيه**) خلافاً لهما، وبقبض العين لا يكون وَكيلاً بالخُصومة فيها بالإجماع.

لهما: أنّه ليس كلُّ مَن يصلحُ للقَبْضِ يعرفُ الخُصومةَ ويَهتدي إلى المحاكمة، فلا يكون الرِّضى بالقَبْض رضاً بالخصومة.

وله: أنّه وكَّله بأخذ الدَّين من ماله؛ لأنّ قبضَ نفسِ الدَّين لا يتصوَّر، ولهذا قُلنا: إنَّ الدُّيون تُقضى بأَمثالها؛ لأنّ المقبوضَ مِلْكُ المُطلوبِ حقيقةً، وبالقبضِ يتملَّكه بدلاً عن الدَّين، فيكون وكيلاً في حقِّ التَّمليك، ولا ذلك إلا بالخُصومة، وصار كالوَكيلِ بأخذ الشُّفعة.

وثمرتُه: إذا أَقام الخَصمُ البيِّنَةَ على استيفاءِ الموكِّل أو إبرائِهِ تُقبَلُ عنده خلافاً لهما.

أمَّا في العَين، فهو ناقلٌ؛ لأنّها أَمانةٌ في يدِ المَطلوب.

ولو أَقام البيِّنَةَ أنّ الموكِّل باعَه إيّاها سُمِعت في منعِ الوَكيلِ من القَبْضِ دون البَيْع؛ لأنّ الوَكيلَ ليس بخصمٍ، إلا أنّها تَضَمَّنت إسقاطَ حقِّه من القبض، فيُقْتَصَر عليه.

ونظيرُه: لو وكَّلَه بنقلِ زوجتِهِ أو عبدِهِ، فأقاما البيِّنَةَ على العِتْق والطَّلاق، سُمِعَتْ في قَصْرِ يدِه عنهما، ولا يثبت العِتق ولا الطَّلاق؛ لما قلنا.

والوكيلُ بطلب الشُّفعة والرَّدِّ بالعيبِ والقسمةِ يملكُ الخصومة؛ لأنّه لا يتوصَّل إلى ذلك إلا بالخصومة.

قال: (**والوكيلُ بالخُصومةِ وكيلٌ بالقبضِ خلافاً لزُفر ﷺ**)؛ لأنّه رَضِي بخصومتِهِ لا بقبضِه، وليس كلُّ مَن يصلحُ للخصومةِ يؤتمنُ على القبض.

ولنا: أنّ المقصودَ من الخصومةِ استيفاءُ الدَّين، فكان المقصودُ من الوَكالةِ الاستيفاء فيملكه، (**والفَتْوى على قول زُفر ﷺ**)[1]؛ لفَسادِ الزَّمانِ وكثرةِ ظُهورِ الخيانة في النَّاس.

والوكيلُ بالتَّقاضي يملكُ القَبْض بالإجماع؛ لأنَّه لا فائدة للتَّقاضي بدون القبض.

قال: (**ولو أقرَّ الوكيلُ على موكِّلِهِ عند القاضي نَفَذَ، وإلا فلا**).

وقال أبو يوسف ﷺ أوّلاً: لا يَنْفَذُ أَصْلاً، وهو قَول زُفَر ﷺ، ثمّ رَجَعَ وقال: يجوز في مجلس القاضي وغيره.

لزُفر ﷺ: أنّ الإقرارَ يُضادُّ الخصومة، والشَّيءُ لا يَتناول ضِدَّه، كما لا يَتناول الصُّلحَ والإبراءَ.

---

(١) الفتوى على أن لا يملك، «هداية»، ونقل في «التصحيح» نحوه عن الاسبيجاني و«الينابيع» و«الذخيرة» و«الواقعات» وغيرها، ثم قال: وفي «الصغرى» التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلده العرف بين التجار: أنَّ المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا، وهذا اللفظُ في «التتمة»، ونقل مثله عن محمد بن الفضل، كما في اللباب١: ٣٠٣.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّ الوَكيلَ قائمٌ مَقام الموكِّل، فيجوز إقرارُه عند القاضي وغيره كالموكِّل.

ولهما: أنّه أقامَه مقامه في جوابٍ هو خصومةٌ، فيَتَقَيَّدُ بمجلسِ القاضي، فإذا أَقَرَّ في غيرِ مجلسِهِ فقد أَقَرَّ في حالةٍ ليس وَكيلاً فيها.

وجوابُ زُفر ﷺ: أنّه وكَّله بالجواب.

والجوابُ يكون بالإنكار ويكون بالإقرار، وكما يَملك أحدُهما بمطلقِ الوكالةِ يملكُ الآخرُ، فصار كما إذا أَقَرَّ أنّه قبضَه بنفسِهِ، والإقرارُ في مجلسِ القاضي خصومة مجازاً؛ لأنّ الخُصومةَ سببٌ له.

وتبطل وكالتُه عند مَن قال: لا يصحُّ إقرارُه؛ لأنَّ الإقرارَ تَضَمَّنَ إبطالَ حقِّ الموكِّل ولا يَملكه، وإبطالُ حقِّه في الخُصومةِ، وأنّه يَملكُه فيَبْطُلُ.

والأبُ والوَصيُّ لا يصحُّ إقرارُهما على الصَّغير بالإجماع؛ لأنّه لا يصحُّ إقرارُ الصَّغير، فكذا نائبُه، ولأنّ ولايتَهما نظريّةٌ، ولا نَظَرَ فيه.

وذكر محمّد ﷺ في «الزِّيادات»: لو وكَّله على أن لا يُقِرَّ جاز من غيرِ فصل.

وروى ابنُ سَماعة عن محمّد ﷺ: أنّه يجوز إن كان طالباً؛ لأنّه لا يُجبرُ على الخُصومة، فيوكِّل بما يَشاء، وإن كان مَطلوباً لا يجوز؛ لأنّه يُجبرُ على الخُصومة، فلا يوكِّلُ بما فيه إضرارٌ بالطَّالب.

قال: (**ادَّعى أنَّه وكيلُ الغائب في قَبْضِ دَيْنِهِ وصَدَّقَه الغَريمُ أُمِر بدفعِهِ إليه**)؛ لأنّه إقرارٌ على نفسِهِ؛ لأنَّ ما يقبضُه إنّما يقبضُه من مالِهِ؛ لما بيَّنَّا: أنَّ الدُّيون تُقْضَى بأَمثالها، (**فإن جاء الغائبُ فإن صدَّقَه، وإلاَّ دَفَعَ إليه ثانياً**)؛ لأنّه لَمَّا أَنْكَر الوَكالةَ لم يثبت الاستيفاء.

(**ورَجَعَ على الوكيل إن كان في يدِه**)؛ لأنّه لم يحصل غرضُه بالدَّفع، وهو براءةُ ذمَّتِهِ من الدُّيون، (**وإن كان هالكاً لا يَرْجِعُ**)؛ لأنّه لمّا صدَّقه في الوَكالةِ فقد اعترف أنّه قبضَه بحقٍّ وأنّ الطالبَ ظالمٌ له.

قال: (**إلا أن يكون دفعه إليه ولم يُصَدِّقه**)؛ لأنَّه دفعَه رجاء الإجازة، فإذا لم يحصل له ذلك رَجَع عليه.

وكذلك إن أَعْطاه مع تكذيبِه إيّاه.

وكذلك إن أعطاه مع تصديقِه وقد ضَمَّنه عند الدَّفع: أي أخذ منه كَفيلاً بذلك؛ لأنّ المأخوذَ ثانياً مَضْمونٌ على الوكيلِ في غرضِهما فيَضْمَنُهُ.

وفي جميعِ هذه الوجوه ليس للدَّافع استردادَ ما دَفَعَ ما لم يحضر الغائب؛ لأنّه صار حَقّاً للغائبِ قطعاً أو محتملاً.

قال: (**وإن ادَّعى أنّه وكيلُه في قبضِ الوَديعةِ لم يؤمر بالدَّفع إليه وإن صدَّقَه**)؛ لأنّها مالُ الغير، فلا يُصدَّقُ عليه، فلو دفعها ضَمِن.

(ولو قال: مات المودِع وتركها ميراثاً له وصَدَّقه أُمر بالدَّفع إليه)؛ لأنّه لّما صدَّقَه على الموت، فقد انتقل ماله إلى وارثه، فإذا صدَّقَه أنّه الوارثُ لا وارث له غيرُه تعيَّن مالكاً، فيؤمر بالدَّفع إليه.

(ولو ادَّعى الشِّراء من المودِع وصدَّقه لم يدفعها إليه)؛ لأنّه مهما كان حَيَّاً فملكه باق، فلا يُصدَّقان عليه في انتقاله بالبيع ولا بغيره.

❊ ❊ ❊

كتابُ الكَفالة

(وهي) في اللُّغة: الضَّمُّ، قال تعالىٰ : {وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا}[آل عمران: ٣٧]: أي ضَمَّها إلىٰ نفسِهِ، وقال ﷺ: «أنا وكافلُ اليتيم كهاتين في الجنّة»[١]: أي الذي يَضُمُّه إليه في التَّربية، ويُسمَّىٰ النَّصيب كِفْلاً؛ لأنّ صاحبَه يضمّه إليه.

وفي الشَّرع: **(ضَمُّ ذِمّةِ الكفيلِ إلى ذِمّةِ الأَصيل في المُطالبة)**، هو الصَّحيح[٢]، ولهذا يبرأ الكفيلُ ببراءةِ الأَصيل؛ لعدم بقاءِ المُطالبة، ولا يَبْرأ الأصيلُ ببراءةِ الكفيل؛ لبقاء الدَّين في ذمَّتِه.

---

(١) فعن سهل ﷺ، قال ﷺ: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة»، وقرن بين أصبعيه الوسطىٰ والتي تلي الإبهام في صحيح البخاري٧: ٥٣، وسنن أبي داود٤: ٣٣٨، واللفظ له.

(٢) وصححه في الوقاية وشرحها لصدر الشريعة: وعند البعضِ: ضَمُّ الذمّةِ إلىٰ الذِّمَّةِ في الدَّين؛ لأنَّه لو لم يثبتِ الدَّينُ لم يثبتِ المطالبة، والأصحُّ هو الأوَّلُ؛ لأنَّ الدَّينَ لا يتكررُ، فإنَّه لو أوفاه أحدُهما لا يبقىٰ علىٰ الآخرِ شيءٌ.

وهي عقدُ وثيقةٍ وغرامةٍ شُرِعَت لدفع الحاجة، وهو وصولُ المكفول له إلى إحياء حقِّه، وأكثرُ ما يكون أوَّلُها ملامةً، وأَوْسطُها ندامةً، وآخرُها غَرامةً[1].

دلّ على شرعيَّتِها قوله ﷺ: «الزَّعيمُ غارمٌ»[2]:أي الكفيلُ ضامنٌ، وبُعِث النَّبيُّ ﷺ والنَّاس يتكفَّلون فأَقرَّهم عليه، وعليه النَّاس من لدن الصَّدرِ الأوَّل إلى يومنا هذا من غير نَكيرٍ.

ورُكنُها قَوْل الكَفيل: كَفِلْتُ لك بمالك على فلان، وقول المكفول له: قَبِلْتُ.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: القَبولُ ليس بشرطٍ بناءً على أنّها التزام مطالبة للحال لا غير.

---

(١) سبب الكفالة: مطالبة مَن له الحقّ؛ للتوثق بتكثير محلّ المطالبة، أو تيسير وصول حقه إليه.
وأهلها: أهل التبرّع، حتى لا تصحّ ممّن لا يملك التبرع: كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير، وكذا لا تصحّ من المريض إلاّ من الثلث؛ لأنَّه لا يملك التبرّع بأكثر منه، كما في التبيين٤: ١٤٦.
(٢) فعن أبي أمامة رضي الله عنه، قال ﷺ: «إن الله عز وجل قد أعطى كلّ ذي حقّ حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئاً من بيتها، إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله، ولا الطعام، قال: ذاك أفضل أموالنا، ثم قال: العور مؤدّاة، والمنحةُ مردودةٌ، والدَّين مَقضي، والزَّعيم غارم» في سنن أبي داود٣: ٢٩٦، وسنن الترمذي٣: ٥٥٧، وحسنه.

وعندهما: المُطالبةُ للحال وإيجاب الملك في المؤدى عند الأداء على ما يأتي في أثناء المسائل.

وشرطُها[1]: كون المكفول به مَضْموناً على الأصيل مقدورَ التَّسليم للكَفيل؛ ليصحَّ الالتزام بالمطالبة، ويُفيدُ فائدتَها، وأن يكون الدَّين صحيحاً،

---

(١) شروط الكفالة:

١. أن يكون الأصيل قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو بنائبه عند أبي حنيفة ، فلا تصح الكفالة بالدَّين عن ميت مفلس عنده، وعند أبي يوسف ومحمّد : تصح.

٢. أن يكون الأصيلُ معلوماً، بأن كَفِل ما على فلان، فأَمّا إذا قال: على أَحَدٍ من النَّاسِ أو بعينٍ أو بنفس أو بفعل، فلا يجوز؛ لأنَّ المضمون عليه مجهول.

٣. أن يكون المكفول له معلوماً، حتى أنَّه إذا كفل لأحد من النّاس لا تجوز؛ لأنَّ المكفولَ له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة، وهو التوثق.

٤. أن يقبل المكفول له في مجلس العقد، وأنَّه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمّد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس، حتى أنَّ مَن كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر؛ لأنَّ فيه معنى التمليك.

٥. أن يكون المكفولُ له عاقلاً، فلا يَصِحُّ قَبول المجنون والصَّبيِّ الذي لا يَعْقِل.

٦. أن يكون المكفولُ به مضموناً على الأصيل، سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس.

وأما العين فنوعان:

الأول: عين أمانة، فلا تصحّ الكفالة بها، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم: كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم: كالعارية والمستأجَر في يد الأجير؛ لأنَّه أضاف الكفالةَ إلى عينها، وعينها ليست بمضمونة.

حتى لا تصحّ الكفالة ببدل الكتابة؛ لأنّ المولى لا يَسْتَوجبُ على عبده شيئاً، وإنّما وَجَبَ ضرورة صحّة الكتابة نظراً للعبد؛ ليتوصَّل به إلى العتق.

وحكمُها: صيرورةَ ذمّةِ الكفيل مَضْمومةً إلى ذمّةِ الأَصيل في حَقِّ المُطالبة دون أَصل الدّين؛ لما مَرّ.

الثاني: عين مضمونة، فنوعان:

أ.مضمون بنفسه: كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء، فتصحّ الكفالة؛ لأنَّه كفالة بمضمون بنفسه.

ب.مضمون بغيره: كالمبيع قبل القبض والرهن، فلا تصح الكفالة؛ لأنَّ المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه.

وأما الفعل، فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن؛ لأنَّ المبيعَ مضمونُ التسليم على البائع، والرهنَ مضمونُ التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدَّين، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل، وهو فعل التسليم، فصحّت الكفالة به، لكنَّه إذا هلك لا شيء على الكفيل؛ لأنَّه لم يبق مضموناً على الأصيل، فلا يبقى على الكفيل.

وأمّا الدينُ، فتصحّ الكفالة به بلا خلاف؛ لأنَّه مضمونٌ على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

٧. أن يكون المكفولُ به مقدورَ الاستيفاء من الكفيل؛ ليكون العقدُ مفيداً، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص؛ لتعذّر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها.

٨.أن يكون الدَّين المكفول به لازماً، فلا تصحّ الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة؛ لأنَّه ليس بدين لازم ، كما في البدائع ٦: ٦-٧.

ولا يلزم من لزوم المُطالبةِ على الكَفيلِ وجوبَ الدَّين عليه، ألا ترى أنَّ الوَكيلَ مُطالبٌ بالثَّمن، وهو على المُوكِّل، حتى لو أبرأ البائعُ الموكِّلَ عن الثَّمن جاز، وسَقَطَتْ المُطالبةُ عن الوَكيل.

قال: (**ولا تصحُّ إلا ممَّن يملك التَّبرُّع**)؛ لأنّه التزامٌ بغير عِوَضٍ، فكان تبرُّعاً.

(**وتجوز بالنَّفس والمال**)؛ لما رَوينا وذكرنا من الحاجة والإجماع، ولأنّه قادرٌ على التَّسليم.

أمَّا المال؛ فلولايتُه على مال نفسه.

وأمَّا النَّفس؛ بأن يُعلم الطَّالبَ بمكانه ويُخلي بينهما، وبأعوان السُّلطان والقاضي، فيصحُّ دفعاً للحاجة.

قال: (**وتَنْعَقِدُ بالنَّفس بقولِه: تَكَفَّلْتُ بنفسِهِ أو برقبتِهِ وبكلِّ عضوٍ يُعبَّرُ به عن البَدَن**)؛ لأنّه صَريحٌ بالكفالة بالنَّفس، (**وبالجزء الشَّائع كالخُمس والعُشر**)؛ لأنّ النَّفسَ لا تتجزّأ، فذكرُ البعض ذكرُ الكلّ.

(**وبقولِهِ: ضَمِنْتُهُ**)؛ لأنّه معنى الكَفالة.

(**وبقولِهِ: عليَّ، وإليَّ**)؛ لأنّهما بمعنى الإيجاب، قال ﷺ: «مَن تَرَكَ كَلاً أو

عِيالاً فإليّ»(١): أي عليّ، «ومات رجل وعليه ديناران فامتنع النَّبيُّ ﷺ من الصَّلاة عليه، فقال عليٌّ ﵁: هما عليّ، فصلَّى عليه»(٢).

(و)بقوله: **(أنا زعيم)** للنَّصّ(٣) **(أو قَبيل)**؛ لأنّه بمعنى الكَفيل لغةً وعُرفاً، وكذا قوله: أنا ضَمين، أو لَكَ عندي هذا الرَّجل، أو عليَّ أن أُوفِيَك به، أو أن ألقاكَ به؛ لأنّ ذلك يؤدِّي معنى الكفالة(٤).

---

(١) فعن أبي هريرة ﵁، قال ﷺ: «مَن ترك مالاً فلورثته، ومَن ترك كلاً فإلينا» في صحيح البخاري٣: ١١٨، وصحيح مسلم٣: ١٢٣٨.

(٢) فعن أبي سعيد ﵁ قال: «أتي رسول الله ﷺ بجنازة ليصلي عليها، فتقدَّم ليصلي، فالتفت إلينا فقال: هل على صاحبكم دين؟ قالوا: نعم، قال: هل ترك له من وفاء؟ قالوا: لا، قال: صلوا على صاحبكم، قال علي بن أبي طالب ﵁: علي دينه يا رسول الله، فتقدم فصلَّى عليه، وقال: جزاك الله يا علي خيراً كما فككت رهان أخيك، ما من مسلم فَكّ رهان أَخيه إلا فَكّ الله رهانه يوم القيامة» في السنن الكبرى للبيهقي٦: ١٢١.

وعن سلمة بن الأكوع ﵁: «أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: هل عليه من دين؟، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: هل عليه من دين؟، قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه» في صحيح البخاري٣: ٩٦.

(٣) لأنَّ الكفيل يسمّى زعيماً؛ قال ﷻ حكاية عن صاحب يوسف ﵇: {وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ}[يوسف: ٧٢]، أي: كفيل، كما في التبيين٤: ١٤٨.

(٤) ألفاظ الكفالة: كلُّ ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة، كما في رد المحتار٥: ٢٨٦.

قال: (**والواجبُ إحضارُه وتسليمُه في مكانٍ يَقْدِرُ على محاكمتِه**)؛ ليفيد تسليمه، (**فإذا فَعَلَ ذلك برئ**)؛ لأنه أَتَىٰ بما التزمه وحصل مقصود المكفول له.

ولو سَلَّمه في بريّة لا يَبْرأ؛ لعدم الفائدة، فإنّه لا يَقْدِرُ علىٰ محاكمتِه.

وكذلك في السَّواد؛ لأنّه لا حاكم بها.

ولو سلَّمه في المصر أو في السُّوق برئ لقدرتِهِ عليه بأعوان القاضي والمسلمين، وقيل: لا يبرأ في زماننا[1]؛ لمعاونتهم علىٰ منعه منه عادة.

(**ولو سلَّمه في مصر آخر برئ**)؛ لقدرته علىٰ مخاصمته فيه، وقالا: لا يبرأ؛ لأنّ شهوده قد لا يكونون فيه، قلنا: وقد يكونون فيه.

---

(١) قال السرخسي: المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا؛ بناءً علىٰ عادتهم في ذلك الوقت، أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس؛ لأنَّ الظاهر المعاونة علىٰ الامتناع؛ لغلبة أهل الفسق والفساد لا علىٰ الإحضار، والتقيد بمجلس القاضي مفيد، وإن سلَّمه في برية لم يبرأ؛ لعدم المقصود، وهو القدرة علىٰ المحاكمة، كما في العناية٧: ١٦٩، وفي الملتقىٰ ص١٢٤: والمختار في زماننا: أنَّه لا يبرأ. انتهىٰ. أي: سواء كان التسليم في سوق ذلك المصر أو في سوق مصر آخر. وفي المنح ق٢: ٧٩/ أ-ب: وهو قول زفر ﷺ، وبه يفتىٰ في زماننا؛ لتهاون الناس في إقامة الحق، ومحل الاختلاف في بلد لم يعتادوا نزع الغريم من يد الخصم، كما في الفتح٦: ٢٨٩، والبحر٦: ٢٢٩.

قال: (**فإن شَرَطَ تسليمَه في وقتٍ معيَّنٍ لزمه إحضارُه فيه إذا طَلَبَه منه**) إلزاماً له بما التزم، (**فإن أَحْضره، وإلا حَبَسَه الحاكم**)؛ لأنّه صار ظالماً بمنعه الحقّ، وقيل: لا يحبس أوّلَ مَرّة[1]؛ لأنّه ما ظَهَرَ ظُلْمُه، وهذا إذا كان المكفولُ به حاضراً، فلو كان غائباً أَمْهلَه الحاكمُ مدّةَ ذهابِه وإيّابِه.

(**فإذا مَضَتْ المُدَّة ولم يُحْضِرْه حَبَسَه**)؛ لامتناعِهِ من إيفاءِ الحقِّ، (**وإذا حَبَسَه وثَبَتَ عند القاضي عَجْزُه عن إحضارِه خَلَّى سبيلَه**)، ويُسلمه إلى الذي حَبَسَه، وإن شاء لازمه إلا أن يكون في مُلازمتِهِ تفويتُ قُوتِهِ وقُوت عيالِهِ، فيأخذ منه كفيلاً بنفسِهِ ويخليه.

(**وإذا لم يعلم مكانه لا يُطالب به**)؛ لعجزِه عن إحضارِه فصار كالموت، إلاّ أنّ في الموتِ تبطل الكفالة أصلاً للتيقُّن بالعَجْز، وهنا لا؛ لاحتمال القُدْرة بالعلم بمكانه.

ولو ارتدَّ المكفول به ولحق بدار الحرب إن عَلِم القاضي أنّه يُمكنه دخول دار الحرب وإحضارُه فهو كالغَيبة المعلومة، وإن كان لا يُمكنه فكالغيبة المجهولة، ولا تَبْطُلُ الكفالة؛ لأنّه مُطالبٌ بالتَّوبة، والرُّجوعُ ممكنٌ، فيُمكن الكفيل إحضارُه بعد ردَّتِهِ كالغَيبةِ المَجهولة.

قال: (**وتَبْطُلُ بموت الكفيل والمكفول به دون المكفول له**).

---

(١) لكن لا يحبسه أول مرة؛ لاحتمال أنَّه ما عرف لماذا يدعى، فيمهله حتى يظهر له مطله؛ لأنَّه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة، كما في التبيين ٤: ١٤٨.

أمّا الكَفيل فلعَجْزه، والورثةُ لم يتكفّلوه، وإنّما يخلفونه فيما له لا فيما عليه.

وأمّا المكفولُ به؛ فلما مَرّ.

بخلاف المكفول له؛ لأنّ الكفيلَ غيرُ عاجز، والوَرثةُ يخلفون المكفول له في المطالبة؛ لأنه حقُّه، قال ﷺ: «مَن ترك مالاً أو حقّاً فلورثتِهِ»[1].

قال: (**وإن تكفَّل به إلى شهرٍ فسَلَّمَه قبل الشَّهر بَرأ**)؛ لتعجيل الدَّين المؤجَّل، وهذا لأنّ التَّأجيلَ حَقُّه، فله إسقاطُهُ.

قال: (**وإن قال: إن لم أوفِّكَ به فعليَّ الألفَ التي عليه فلم يُوفِّ به، فعليه الألف**)؛ لصحّةِ التَّعليقِ ووجودِ الشَّرط، (**والكفالةُ باقية**)؛ لأنّه لا منافاة بين الكفالتين، ولاحتمال أن يكون عليه حقٌّ آخر غير الألف.

ولو قال الطَّالب: لا حقَّ لي قِبَلَ المكفول به، فعلى الكفيل تسليمُه؛ لاحتمال أنّه وصيٌّ أو وكيلٌ.

ولو أخذ منه كفيلاً آخر لم يَبْرأ الأوّل؛ لعدم المنافاة.

وإذا سَلَّمَه الكفيلُ إليه برأ وإن لم يَقْبَلْه الطَّالبُ كإيفاءِ الدَّين.

وكذا إذا سَلَّمَه وكيلُه أو رسولُه؛ لقيامهما مَقامه.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «من ترك مالا فللورثة، ومن ترك كلا فإلينا» في صحيح مسلم٣: ١٣٢٨، صحيح البخاري٣: ١٥٦.

وكذا إذا سَلَّمَ المكفولُ به نفسَه عن كفالتِهِ؛ لأنّ الحقَّ عليه، وهو مُطالَبٌ بالخصومةِ، فله الدَّفعُ عنه: كالمكفولِ بالمال.

قال: (**والكفالةُ بالمال جائزةٌ إذا كان دَيْناً صَحيحاً، حتى لا تصحُّ ببدل الكتابة والسِّعاية والأماناتِ والحدودِ والقِصاص**)؛ لما بيّنّاه في أوَّل الكتاب، وسواءٌ كان المكفولُ به مَعْلوماً أو مَجْهولاً كقولِهِ: تَكفَّلتُ بما لك عليه، أو بما يدركُك؛ لأنّ مبناها على التَّوسُّع، فتُحْتَمُل فيها هذه الجَهالة اليَسيرة.

(**وإذا صَحَّت الكَفالة، فالمكفولُ له إن شاء طالبَ الكَفيل، وإن شاءَ طالب الأَصيل**)؛ لما بيَّنَّا من الضَّمّ، وله مطالبتُهما جمعاً وتَفْريقاً؛ ليتحقَّقَ معنى الضَّمّ، بخلاف الغَصْب إذا اختار المالك تَضْمين أحدِ الغاصبين ليس له مُطالبة الآخر؛ لأنّه لَمّا اختار تضمينه فقد ملَّكه العين، فليس له أن يملِّكها للآخر.

قال: (**ولو شَرَطَ عدم مُطالبة الأَصيل فهي حَوالة**)؛ لوجود معناها، (**كما إذا شَرَطَ في الحَوالة مُطالبة المَحيل تكون كَفالة**)؛ لوجود معنى الكَفالة والعُبرةُ للمعاني.

قال: (**وتجوز بأَمْر المَكْفول عنه وبغير أَمره**)؛ لأنّه إلزمٌ على نفسِهِ ليس على غيره فيه ضررٌ، (**فإن كانت بأَمْرِه فأدّى رَجَعَ عليه**)؛ لأنّه قَضَى دينَه بأَمْره، (**وإن كانت بغير أَمْره لم يَرْجِعْ عليه**)؛ لأنّه مُتَبرِّعٌ.

قال: (**وإذا طُولب الكَفيلُ ولُوزم طالب المَكفول عنه ولازمه**)، ويقول له: أدِّ إليه، ولا يقول له: أدّ إليّ، وكذا يحبسُه إذا حَبَسَه؛ لأنَّ ما لحقه بسببِهِ فيأخذه بمثلِه، وليس له مُطالبتُه قبل ذلك؛ لأنّه ما لزمه بسببِهِ شيءٌ.

قال: (**وإن أدَّى الأَصيل أو أبرأه رَبُّ الدَّين برأ الكفيلُ**)؛ لأنّه تَبَعٌ، ولأنّ الكفالةَ بالدَّين، ولا دَينَ مُحَالٌ.

(**وإن أبرئ الكَفيل لم يبرأ الأصيل**)؛ لأنَّ الدَّين على الأَصيل، وبقاؤه عليه بدون مُطالبة الكفيل جائزٌ.

(**وإن أَخَّر عن الأَصيل تَأخر عن الكفيل، وبالعَكس لا**)؛ لأنّه إبراءٌ مؤقَّتٌ فيُعْتَبَرُ بالإبراءِ المُطلق، فإن صالح الكفيلُ رَبَّ الدَّين من الألف على خمسمائة برئ هو والأصيل؛ لأنّه لما أضافه إلى الدّين، وهو على الأَصيل برئ الأَصيل، فيبرأ الكفيل، ثمّ يَرْجِعُ الكفيلُ على الأَصيل بخمسمئةٍ إن كانت الكفالةُ بأمره.

ولو صالح بخلاف جِنْس الدَّين رَجَعَ بجميع الأَلْف؛ لأنّه مبادلةٌ.

ولو صالحه عمَّا استوجب بالكَفالة لا يَبْرأُ الأَصيلُ؛ لأنّه إبراءٌ له عن المُطالبة.

قال: (**وإن قال الطَّالب للكفيل برئتَ إليَّ من المال رَجَعَ به على الأَصيل**)؛ لأنّه أضافَ البراءةَ إلى فِعْل المَطلُوب، ولا يَمْلِكُ ذلك إلا بالأَداء فيرجع.

(**وإن قال: أَبرأْتُك لم يرجع**)؛ لأنّه إسقاطٌ، حتى لا تَعلُّقَ له بغيره.

ولو قال: برئتَ رَجَعَ عند أبي يوسف رضي الله عنه؛ لأنّها براءةٌ ابتداؤها من المَطلوب وذلك بالإيفاء.

وقال مُحمّد رضي الله عنه: لا يرجع؛ لأنّه يحتمل الوَجهين فلا يَرْجِعُ بالشَّكِّ.

وهذا كلُّه إذا غاب الطَّالب أمَّا إذا كان حاضراً يَرْجِعُ إليه؛ لأنّه هو المُجْمِلُ.

قال: (**ولا يصحُّ تعليقُ البراءة منها بشرطٍ**)؛ كما في سائرِ البَراءات.

وقيل: يجوز؛ لأنّ الكفيلَ إنّما عليه المُطالبة، ولهذا لا يرتدُّ إبراؤه بالرَدِّ، بخلاف سائر الإبراءات، فإنّها تمليكٌ، فلا تصحُّ مع التَّعليق، وبخلاف براءة الأصيل؛ لأنّها تمليكٌ حتى ترتدَّ بالردِّ.

قال: (**وتصحُّ الكفالةُ بالأعيان المَضمونة بنفسِها كالمَقْبوض على سَوْم الشِّراء والمَغْصوب والمَبيع فاسدا**)؛ لأنّه يجبُ تسليمُ عينِه حال بقائه، وقيمتِه حال هلاكه، فكان مقدورَ التَّسليم فيَصِحُّ.

(**ولا تَصِحُّ بالمَضْمونةِ بغيرها كالمَبيع والمَرهون**)؛ لأنّه لو هَلَكَ لا يجب شيءٌ، بل ينفسخُ البيع ويَسْقطُ الدَّين فلهذا لا يَصِحُّ، وقيل: يصحُّ، وهو الأَصحُّ[1]، وتبطل بالهلاكِ للقُدْرة قبل الهلاك والعَجْزِ بعدَه.

---

(١) لكن عامة الكتب اختارت ما عليه المتن، والله أعلم

قال: (**ولا تصح إلا بقَبول المكفول له في المَجلس**)

وعن أبي يوسف رضي الله عنه روايتان:

في رواية: يتوقَّف على إجازته كسائر تَصرُّفات الفُضولي.

وفي رواية: يجوز مُطلقاً؛ لأنّه التزام لا ضَرر فيه على الطَّالب، فيَسْتَبدُّ الكفيلُ به، وفيه نفعٌ للطَّالب لانضمام ذمّةِ الكفيل إلى ذمّةِ الأَصيل في المُطالبة.

ولهما[1]: أنّه تمليكُ المُطالبة، فيُشْتَرطُ فيه القَبول في المَجلس كما في سائر التَّمليكات.

قال: (**إلا إذا قال المريض لوارثه: تكفّل بما عليّ من الدَّين، فتكَفَّلَ والغَريم غائبٌ فيَصِحُّ**).

ثمّ قيل: هو وَصيّةٌ حتى لا تَصِحّ إذا لم يكن له مال.

وقيل: تصحُّ لحاجتِهِ إلى إبراءِ ذمّتِهِ، فقام مقامَ الطَّالب، وفيه نفعٌ للطَّالب.

(**ولو قال**) ذلك (**لأَجْنَبيٍّ فيه اختلافُ المشايخ**)[2].

---

(١) والمختار قولهما عند المحبوبيّ والنسفيّ وغيرهما، كما في اللباب ١: ٣١١.

(٢) عن أبي يوسف رضي الله عنه: أنه يصح في الأجنبي، فعن أبي قتادة رضي الله عنه أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: «صلوا على صاحبكم، فإنَّ عليه ديناً»، فقال أبو قتادة: أنا أتكفل

قال: (**ولا تصحُّ الكَفالةُ عن المَيْتِ المُفلس**)[(١)].

وقالا: تَصِحُّ[(٢)]؛ لأنّه دَيْنٌ ثابتٌ وَجَبَ للطَّالب، ولم يُسْقِطْه، فلا يَسْقُطُ بالموت، ألا تَرَى أنّه لو كان له مالٌ أو كان كَفيلاً به لا يَسْقُط؟ وكذا لو تَبرَّع إنسانٌ به صَحَّ، ولو سَقَطَ بالموت لَمَا ثبتت هذه الأحكام.

به، قال النبي ﷺ: «بالوفاء؟» قال: بالوفاء، وكان الذي عليه ثمانية عشر، أو تسعة عشر درهماً، في سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤، وسنن النسائي ٧: ٣١٧.

وعن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه، قال: كنا جلوسا عند النبي ﷺ، إذ أتي بجنازة، فقالوا: صل عليها، فقال: «هل عليه دين؟»، قالوا: لا، قال: «فهل ترك شيئاً؟»، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: «هل عليه دين؟» قيل: نعم، قال: «فهل ترك شيئاً؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها، ثم أتي بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: «هل ترك شيئاً؟»، قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة رضي الله عنه: صل عليه يا رسول الله، وعلي دينه، فصلى عليه، في صحيح البخاري ٣: ٩٤.

(١) قال في التصحيح ص ٦٣: واعتمد قول الإمام رضي الله عنه المحبوبيُّ والنَّسفيُّ وصدرُ الشريعة وأبو الفضل الموصليّ وغيرُهم، اهـ. قيَّدَ بكونه لم يترك شيئاً؛ لأنَّه لو ترك ما يفي ببعض الدَّين صح بقدره، «ابن ملك»، كما في اللباب ١: ٣١٢.

(٢) فعن جابر رضي الله عنه، قال: توفي رجل فغسلناه، وحنطناه، وكفناه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا: تصلي عليه؟ فخطا خطى، ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة رضي الله عنه، فأتيناه، فقال أبو قتادة رضي الله عنه: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «حق الغريم، وبرئ منهما الميت؟» قال: نعم، فصلى عليه، ثم قال بعد

وله: أنّه يَسْقُطُ بموتِه؛ لأنّه عبارةٌ عن المطالبةِ، وهي فعل، ولهذا تُوصف بالوجوب، إلا أنّه يؤول إلى المال، وقد عَجَزَ بنفسه وخَلَفِهِ، فيَسْقُطُ ضرورةَ فواتِ عاقبةِ الاستيفاء، أمّا إذا كان له مالٌ أو به كفيلٌ، فهو قادرٌ بخَلَفِهِ، ولأنّه يُفضي إلى الأداء، فلا تفوت العاقبة، والتَّبرُّع لا يَعْتَمِدُ بقاءَ الدَّين.

قال: (**ويجوزُ تعليقُ الكَفالة بشرطٍ ملائم كشَرْط وجوبِ الحقّ، وهو قولُه: ما بايعت**[1] **فلاناً**[2] **فعليَّ، أو ما ذاب**[3] **لك عليه فعليّ، أو ما غَصَبك فعليّ، أو بشرطِ إمكان الاستيفاء كقولِه: إن قَدِمَ فلانٌ فعليَّ وهو مكفولٌ عنه، أو بشرطِ تعذُّر الاستيفاء كقوله: إن غاب فعليّ**).

ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنَّما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: لقد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بَرَدَتْ عليه جلده» في مسند أحمد ٢٢: ٤٠٥، واللفظ له، وشرح مشكل الآثار ١٠: ٣٣٤، والمستدرك ٢: ٦٦، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، والسنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٢٢، وسنن الدارقطني ٤: ٥٤، وغيرها.

(١) أي: ما بايعت منه، فإنَّه ضامن بثمنه، لا ما اشتريت منه، فإنَّه ضامن للمبيع، فإنَّ الكفالة بالمبيع لا تجوز، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

(٢) قيد: بفلان؛ إشارة إلىٰ أنَّ المكفول عنه يجب أن يكون معلوما؛ لأنَّ جهالته تمنع صحة الكفالة، كما في فتح باب العناية٢: ٤٩٩.

(٣) أي: ما وجب، ففي هذه الصورة ما؛ شرطية، معناه: إن بايعت فلاناً فيكون في معنىٰ التعليق، كما في شرح الوقاية٤: ٨٩.

والأصل فيه قوله تعالى: {وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ}[يوسف: ٧٢]، والإجماعُ منعقدٌ على صحّةِ ضمانِ الدَّرَك[1]، وأنه في معنى ما ذكرنا من الشُّروط.

(**ولا يجوز بمجردِ الشَّرط كقوله: إن هَبَّت الرِّيح أو جاء المَطرُ**)؛ لأنّها جهالةٌ فاحشةٌ، (**فلو جعلهما أجلاً بأن قال: كفلتُه إلى مجيء المطرِ أو إلى هُبُوبِ الرِّيحِ لا يصحّ**) الأجل، (**ويجب المال حالاً**)؛ لأنّ الكفالةَ لا تَبْطُلُ بالشُّروط الفاسدةِ كالنِّكاح والطَّلاق.

وشَرْطُ الخِيار في الكفالةِ جائزٌ، وهي أَقبلُ للخِيارِ من البيعِ حتى يُقبل الخيارُ أكثر من ثلاثةِ أيّام؛ لأنّه لمّا صَحّ تعليقُه بالشَّرطِ فلأنّ يَصِحَّ بشرطِ الخِيارِ فيه أولى.

فلو أَقَرَّ بكفالةٍ مؤجّلةٍ لزمته الكَفالة، ولا يُصدَّقُ في الأَجل إلاّ بتصديقِ الطَّالبِ كما في الإقرارِ بالدَّين.

قال: (**فإن قال: تكفَّلت بما لك عليه فقامت البيِّنة بشيءٍ لَزِمَه**)؛ لأنّ الثَّابت بالبيّنة كالمعاين حكماً، (**وإن لم تكن له بَيِّنة، فالقولُ قولُ الكَفيل**)؛ لأنّه يُنكرُ الزّيادة، (**ولا يُسْمَعُ قولُ الأصيل عليه**)؛ لأنّه إقرارٌ على الغَير ويَلزمه في حقِّ نفسِهِ لما عُرفَ.

---

(١) ضمان الدرك: وهو ضمانُ الاستحقاق: أي يضمن للمشتري بردّ الثمن إذا استحق المبيع مستحق، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

قال: (**ولا تصحّ الكفالة بالحَمْل على دابّة بعينِها، وتصحُّ بغير عينِها**)؛ لأنّه مقدورٌ له على أيِّ دابّة شاء، بخلاف المُعيَّنة؛ لأنّها لو ماتت عَجَزَ عن ذلك.

وكذا لو تكفّل بخدمةِ عبد بعينِهِ أو بخياطةِ خيَّاط بيدِه؛ لأنّ فعلَه لا يقومُ مقامَ فعل غيره، فإن تَكَفَّل بتسليم العبد أو الخَيَّاط أو بفعل الخِياطة جاز؛ لأنّه مقدورٌ له، فإنّ المُسْتَحَقّ مُطلق الخِياطة، فأيُّ خياطةٍ وُجِدَت حَصَل المكفول به.

ولو ضَمِن لامرأةٍ عن زوجِها بنفقةِ كلِّ شهرٍ جاز، وليس له الرُّجوع عن الضَّمان في رأس الشَّهر.

ولو ضَمِنَ أُجرة كلَّ شهر في الإجارة، فله أن يرجع في رأس الشَّهر.

والفَرْقُ أنّ السَّبب في النَّفقة لم يتجدَّد عن رأس الشَّهر، بل تجب في الشُّهور كلِّها بسببٍ واحدٍ، وسبب الأجرة في الإجارة يتجدَّد في كلِّ شهر؛ لتجدُّد العَقْد، فله أن يرجع عن الكفالة المُسْتَقبَلة.

قال: (**اثنان عليهما دَينٌ، وكلُّ واحدٍ منهما كَفيلٌ عن الآخر، فما أدَّاه أحدُهما لم يرجع على صاحبِه حتى يزيدَ على النِّصف، فيرجع بالزِّيادة**)؛ لأنّه أَصيلٌ في النِّصف كفيلٌ في النّصف، والكفالةُ تبعٌ، فتقع عن الأَصيل؛ إذ هو الأَولى والأَهم، ثمّ ما يؤديه بعد ذلك، فهو عن الكفالة؛ لتعيّنها، فيَرْجِعُ به؛ لما مَرّ.

قال: **(فإن تَكَفَّلا عن رجل وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن الآخر، فما أدَّاه أحدُهما رَجَعَ بنصفِه عن الآخر)**؛ لأنّ ما يلزم كلَّ واحدٍ منهما إنّما لزمه بالكفالة؛ لأنّه كَفِلَ عن شريكِهِ بالجميع وعن الأَصيل بالجميع، فما أدّاه أحدُهما وَقَعَ شائعا عنهما؛ لعدم الأَوْلويّة؛ إذ الكُلُّ كفالةٌ، بخلاف المسألة الأولى، ثمّ يَرْجعان على الأَصيل؛ لأنّهما أدّيا عنه بأَمْره أُحدُهما بنفسِهِ والآخرُ بنائبِهِ.

قال: **(وإن ضَمِنَ عن رجل خَراجَه وقِسْمَتَه ونوائبَه جاز إن كانت النَّوائب بحقٍّ، ككري النَّهر، وأُجرة الحارس، وتجهيز الجيش، وفِداء الأَسارى)**.

أمّا الخَراج؛ فلأنّه دينٌ مطالبٌ به يُمكن استيفاؤه فيَصِحُّ.

وأما ما ذُكِر من النَّوائب فقد صارت كالدَّين.

وأمّا القِسْمَةُ فهي حصّةٌ من النَّوائب التي صارت معلومةً لهم موظفةً عليهم كالدِّيون، وباقي النَّوائب ما ليس بمعلوم.

(وإن لم تكن بحقٍّ كالجبايات قالوا: تصحّ في زماننا)؛ لأنّها صارت كالدُّيون حتى قالوا: لو أُخِذَ من المُزارع جَبْراً له أن يَرْجِعَ على المالك.

والكفالةُ بالدَّرَك جائزةٌ، وهو التزامُ تسليمُ الثَّمن عند استحقاق المَبيع؛ لأنّ المقصودَ تأكيد أحكام البَيْع وتقريرها.

ولو اسْتُحِقّ المبيعُ لم يُؤخذ الكفيلُ حتى يقضي على البائع؛ لأنّ البَيعَ لا ينتقض إلا بالقَضاء، فلَعلَّ المُسْتَحِقَّ يجيزُه، فلا يلزم البائع نَقْدَ الثَّمن، فلا يجب على الكفيل.

ولو قُضِي على المشتري بالاستحقاق، فهو قَضاءٌ على البائع؛ لأنّه خَصْمٌ عنه، فيُؤخذُ الكَفيل.

والضَّمانُ بالعُهْدة باطلٌ؛ لأنّ العُهْدةَ تحتمل الدَّرَك وغيرَه، فكان مَجْهولاً.

أمَّا الدَّرَك فيُسْتَعْمَلُ في ضَمان الاستحقاق.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنّ العُهْدةَ كالدَّرَك؛ لأنّه تَرَجَّحَ استعمالُها في ضَمان الدَّرَك عادة وعرفاً.

* * *

كتاب الحوالة

وهي مُشْتَقّةٌ من التَّحَوُّل بمعنى الانتقال، يُقال: تَحَوَّل من المنزل إذا انتقل عنه، ومنه: تَحويلُ الغِراس[1].

وفي الشَّرع[2]: نَقْلُ الدَّينِ وتحويلُه من ذِمّةِ المُحِيل إلى ذِمّةِ المُحال عليه؛ ولهذا قُلنا: إذا صَحَّت الحَوالةُ برئ المُحيلُ؛ لِتَحَوُّلِهِ إلى ذمّةٍ المُحال عليه؛ لأنّ من المُحالِ بقاءُ الشَّيءِ الواحدِ في محلَّين في زَمانٍ واحدٍ.

---

(١) الحوالة لغة: الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محلٍّ إلى محلّ، والحوالةُ مأخوذة من هذا، فأحلتُه بدينِه نقلتُه إلى ذمّةِ غيرِ ذمّتك، كما في المغرب ص١٣٤، والمصباح ص١٥٧.

(٢) اصطلاحاً: نقلُ الدين من ذمّةٍ إلى ذمّة.

وفي عرفِهم يُقال: المديون: محيلاً، والدائن: محتالاً، ومحتالاً له، ومحالاً له، ومَن يقبلُ الحوالة: محتالاً عليه ومحالاً عليه، والمال: محالاً به، كما في عمدة الرعاية ٥: ٣٩٧.

وصورتها: أن يقول رجل للطالب: إنَّ لك على فلان كذا، فاحتله علي، فرضي بذلك الطالب، صحت الحوالة، وبرئ الأصيل، أو كفل رجل عن آخر بغير أمره بشرط براءة الأصيل، أو قبل المكفول ذلك، صحت الكفالة، وتكون هذه الكفالة حوالة، كما أنَّ الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة، كما في شرح الوقاية ٤: ١٠٦.

وهو عقد مشروع، قال ﷺ: «مَن أُحيل على مَلِيء فَلْيَتْبَع»[1]، أَمر باتباعه، ولولا الجواز لَمَا أَمر به، حتى إنّ من العلماء مَن قال: بوجوب الاتباع

وركنها: الإيجاب والقبول، الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً، فالإيجاب: أن يقول المحيل للطالب: أحلتك على فلان هكذا، والقبول من المحال عليه والمحال أنّ يقول كلّ واحد منهما: قبلت أو رضيت، أو نحو ذلك ممّا يدلّ على القبول والرضا.

وشروط الحوالة:

١. أن يكون المحيل والمحال والمحال عليه عقلاء.

٢. أن يكون المحيل والمحال والمحال عليه بالغين، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذها على إجازة وليه.

٣. رضا المحيل والمحال والمحال عليه، حتى لو كان مُكرهاً أحدهم على الحوالة لا تصحّ.

٤. أن يقبل المُحال والمُحال عليه في مجلس الحوالة، وهو شرطُ الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمّد رضي الله عنهما، وعند أبي يوسف رضي الله عنه: شرط النفاذ، حتى أنَّ المحتالَ لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف رضي الله عنه: ينفذ، والصحيح قولهما؛ لأنَّ قبوله من أحد الأركان الثلاثة.

٥. أن يكون المحال به ديناً، فلا تصحّ الحوالة بالأعيان القائمة.

٦. أن يكون المحال به لازماً، فلا تصحّ الحوالة بدين غير لازم: كبدل الكتابة، كما في البدائع١٦: ١٦.

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، ومن أحيل على مليء فليحتل» في مسند أحمد ١٦: ٤٧، واللفظ له، وصحيح ابن حبان ١١: ٤٣٥، وفي

نظراً إلىٰ ظاهر الحَديث، ونحن نقولُ: المرادُ منه الإباحة؛ لأنَّ تَحوُّلَ حَقِّه إلىٰ ذمّةٍ أُخرىٰ من غير اختياره ضَرَرٌ به، وإنّما خَصَّه ﷺ بالمليء حُكماً للغالب؛ لأنّ الغالبَ في الحوالات ذلك؛ لأنّه شُرطُ الجواز.

ثمّ عند أبي يوسف رضي الله عنه: الحَوالةُ تُوجب بَراءةَ المُحيل من الدَّين، والمُطالبةُ براءةٌ مؤقَّتةٌ إلىٰ أن يَتوَىٰ[1] ما علىٰ المُحال عليه، حتىٰ لو أبرأ المُحال المُحيل صَحّ، ولو أَحال الرّاهنُ المرتهنَ بدينه استردّ الرهن.

وعند مُحمَّد رضي الله عنه: تُوجبُ البَراءة من المطالبةِ دون الدَّين، فلا يصحّ الإبراء، ولا يَسْتَردَّ الرَّاهنُ الرَّهن.

لِمُحمَّد رضي الله عنه: أنّ نَقْلَ الدَّين غير ممكن؛ لأنّه تمليكُ المال، وذلك لا يَقْبَلُ النَّقْل، ومُوجَبُهُ المُطالبة: وهي تَقْبَلُ النَّقْلَ، ولهذا لو أَدَّىٰ المُحيل الدَّين أُجْبر المُحال علىٰ قَبوله.

ولأبي يوسف رضي الله عنه: أنّ الحَوالةَ أُضيفت إلىٰ الدّين، ولو أُضيفت إلىٰ المُطالبة لا تكون حَوالة، فوَجَبَ القَول بتحويل الدَّين لحقيقةِ الإضافة، وإنّما صَحَّ الأداءُ من المُحيل؛ لأنّه ثبت له بالحوالة براءةٌ مؤقتةٌ، وبالأداءِ تَثْبُتُ له بَراءةٌ مُؤبّدةٌ، وأنّه زيادةُ فائدةٍ.

صحيح البخاري ٣: ٩٤ بلفظ: «مَطْلُ الغني ظلم، وإذا أُتْبِعَ أحدُكم علىٰ مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»، وصحيح مسلم ٣: ١١٩٧.

(١) تَوَىٰ المال إذا هلك وذهب، كما في المغرب ص٦٣.

قال: **(وهي جائزةٌ بالدِّيون دون الأَعيان)**؛ لما مَرّ: أَنّها تُبْنَى على التَّحَوُّل، وإنّما تتحوَّل الدُّيون دون الأَعيان.

قال: **(وتَصِحُّ برضا المُحيلِ والمُحْتالِ والمُحالِ عليه)**.

أَمّا المُحيل؛ فلأنّه الأَصلُ في الحوالة، ومنه تُوجد، وذَكَرَ في «الزِّيادات»[1]: أنّ رضا المُحيل ليس بشرط؛ لأنّ المُحالَ عليه يتصرَّفُ في نفسِهِ بالتزام الدَّين، ولا ضررَ على المُحيل، بل فيه نفعُهُ؛ لأنّه لا يَرْجِعُ عليه إلا برضاه.

---

(١) في الهداية٧: ٢٤٠: «الحوالة تصحّ بدون رضاه، ذكره في الزيادات؛ لأنَّ التزامَ الدين من المحتال عليه تصرُّف في حقّ نفسه، وهو لا يتضرَّر به، بل فيه نفعه؛ لأَنَّه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره»، وفي الدر المختار ورد المحتار٥: ٢٤١: لا يشترط على المختار، «شرنبلالية» عن «المواهب»، بل قال ابن الكمال: إنَّما شَرَطَهُ القدوري للرجوع عليه، فلا اختلاف في الرواية: أي رجوع المحال عليه على المحيل أو ليسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه، كما في الزيلعي أما بدون الرضا فلا رجوع ولا سقوط، وهو محمل رواية الزيادات، لكن استظهر الأكمل أنَّ ابتداءها إن مِن المحيل شرط ضرورة وإلا لا؛ لأنَّها إحالة، وهي فعل اختياري، ولا يتصور بدون الإرادة والرضا، وهو محمل رواية القدوري وقوله: إلا لا؛ أي: وإن لم يكن ابتداؤها من المحيل، بل من المحال عليه، تكون احتيالاً يتمّ بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات، عناية، لكن لا يخفى أنَّه على الثاني لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى ولو كان عليه للمحيل دين لا يسقط إلا برضا المحيل، فرجع إلى التوفيق الأول.

وأمّا المُحتالُ والمحالُ عليه، فلتفاوتِ النّاس في القَضاءِ والاقتضاء، فلعلَّ المحالَ عليه أَعْسَرَ وأَفْلَسَ، والمُحتال أشدُّ اقتضاءً ومُطالبةً، فيُشْترطُ رضاهما دَفْعاً للضَّرر عنهما.

قال: (**وإذا تمَّت الحَوالة برئ المُحيل**)[1]؛ لما مَرَّ.

وقال زُفر ﵁: لا يَبْرأ؛ لأنّها للاستيثاق، فبَقِي الدَّين على المُحيل كالكفالة.

وجوابُه: ما مَرَّ أنّها من التَّحويل، ولا بَقاء مع التَّحويل على ما بيّنّا، فيَبْرأُ المُحيل.

(حتى لو مات لا يأخذُ المُحتال من تركتِه، لكن يأخذُ كَفيلاً من الورثةِ، أو من الغُرماء مخافةَ التَّوَى.

---

(١) حكم الحوالة:
١. براءةُ المحيل.
٢. ثبوتُ ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمّته أو في ذمّة المحيل.
٣. ثبوتُ حَقّ المُلازمة للمُحال عليه على المُحيل إذا لازمه المُحال، فكلَّما لازمه المُحال، فله أن يُلازم المُحيل؛ ليتخلَّص عن ملازمةِ المُحال، وإذا حَبَسَه له أن يحبسَه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل، ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل، كما في البدائع١٦: ١٦ـ١٧.

ولا يرجع عليه المُحتال إلا أن يموتَ المُحال عليه مُفْلِساً أو يَجْحَدَ[1]، ولا بَيِّنَةَ عليه)[2]؛ لأنّه عَجَزَ عن الوصول إلى حقِّه، والمقصودُ من الحوالة

---

(١) أي: يرجع المحتال على المحيل في حالتين عند أبي حنيفة وثلاث حالات عند الصاحبين، وهي:

١ .موت المحتال عليه مفلساً، بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً، والمراد بالعين: ما يفي بالمحال به، وكذا يقال في الدَّين.

٢ .أن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا بينة للمحيل ولا المحتال على المحتال عليه.

٣.أن يفلسه القاضي، أي: يحكم بإفلاسه في حياته، كما في كمال الدراية ق٥٠٥، والمبسوط٢٠: ٤٩، والفتاوى العالمكيرية٣: ٢٩٧، والمنح ق٢: ٩١/ب، والفتح٦: ٣٥١.

(٢) يخرج المحال عليه من الحوالة بما يلي:

١ . فسخ الحوالة؛ لأنَّ فيها معنى مُعاوضة المال بالمال، فكانت محتملةً للفَسخ، ومتى فَسَخَ تعود المُطالبة إلى المحيل.

٢ .التوى؛ فإذا توي لم تبق وسيلة إلى الإحياء، فعادت إلى محلها الأصلي.

٣.أداء المحال عليه المال إلى المحال، فإذا أدّى المال خرج عن الحوالة.

٤ .أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله.

٥ .أن يتصدّق المحال بالمال على المحال عليه ويقبله.

٦ .أن يموت المحال، فيرثه المحال عليه.

٧.أن يبرء المحال المحال عليه من المال.

وشرائط الرجوع عن الحوالة:

سلامةُ حَقِّه، فكانت مُقَيَّدةً بالسَّلامة، فإذا فاتت السَّلامة انفسخت كالعَيْب في المُبيع.

وعندهما: يَرْجِعُ بوجهٍ آخر أيضاً، وهو أن يحكمَ الحاكمُ بإفلاسِهِ في حَياتِهِ، بناءً على أنّ الإفلاسَ يتحقَّقُ عندهما بقضاءِ القاضي، وعنده لا.

قال: (**فإن طالبَ المُحتالُ عليه المحيلَ فقال: إنّما أَحلتُ بدينٍ لي عليك لم يُقْبَلْ**)، وعليه مثلُ ما أَحال لتحقُّق السَّبب، وهو قَضاءُ دينِه بأَمْره، لكنَّ المُحيلَ يدَّعي عليه ديناً، وهو يُنكر، والقَوْلُ قَولُ المُنْكر، والحَوالةُ ليست إقراراً بالدَّين، فإنّها تكون بدونِهِ.

(**وإن طالب المحيلُ المحتالَ بما أحاله به فقال: إنّما أَحْلتني بدين لي عليك لم يُقْبَل**)؛ لأنّ المُحتالَ يَدَّعي عليه الدَّينَ، وهو يُنكر، وفي الحَوالةِ معنى الوَكالة، فيكون القَولُ قولَه.

* * *

١. أن تكون الحَوالةُ بأَمر المُحيل، فإن كانت بغير أمره لا يرجع.
٢. أداء مال الحوالة، أو ما هو في معنى الأداء: كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه.
٣. أن لا يكون للمُحيل على المُحال عليه دينٌ مثلُه، فإن كان لا يرجع، كما في البدائع١٦: ١٨-١٩.

كتاب الصُّلح

وهو ضِدُّ الفَسَاد، يُقال: صَلُحَ الشَّيءُ: إذا زال عنه الفساد، وصَلُحَ المريضُ: إذا زال عنه المَرَضُ، وهو فَساد المِزاج، وصَلُحَ فلانٌ في سِيرتِهِ: إذا أَقلع عن الفَساد.

وفي الشَّرع[1]: عقدٌ يَرْتَفِعُ به التَّشاجر والتَّنازع بين الخصوم، وهما منشأُ الفَساد ومَثار الفتن.

---

(١) اصطلاحاً: هو عقد يرفع النزاع، كما في الوقاية ٤: ٢٢٨.
وركن الصلح: الإيجاب والقبول: وهو أن يقول المدعى عليه: صالحتك من كذا على كذا، أو مِن دعواك كذا على كذا، ويقول الآخر: قبلت، أو رضيت، أو ما يدلّ على قبوله ورضاه، فإذا وُجِد الإيجاب والقبول، فقد تمّ عقد الصلح، كما في البدائع ١: ٤٠.
وشروطه:
١. أن يكون المصالح عاقلاً.
٢. أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرّاً به مضرة ظاهرة.
٣. أن يكون المصالح عن الصَّغير ممن يملك التصرف في ماله: كالأب والجد والوصي.
٤. أن يكون المصالَح عليه مالاً، فلا يصحّ الصلح على الخمر والميتة.

وهو عقد مشروعٌ، مندوبٌ إليه، قال تعالىٰ: {فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا} [الحجرات: ٩]، وقال تعالىٰ: {وَالصُّلْحُ خَيْرٌ}[النَّساء: ١٢٨]، وقال ﷺ: «كلُّ صُلْح جائزٌ بين المسلمين، إلا صلحاً حَرَّمَ حلالاً أو حَلَّلَ حراماً»[1]،

---

٥ .أن يكون المصالَح عنه حقّاً للعبد لا حقاً لله ﷻ، سواء كان مالاً عيناً أو ديناً أو حقّاً ليس بمال عين ولا دين، حتىٰ لا يصحّ الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر.

٦ .أن يكون المصالَح عنه حقّاً للمصالح.

٧.أن يكون المصالَح عنه حقّاً ثابتاً له في المحلّ، فما لا يكون حقّاً له، أو لا يكون حقّاً ثابتاً له في المحلّ، لا يجوز الصلح عنه، حتىٰ لو أنَّ امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده أنَّه ابنه منها، وجحد الرجل، فصالحت عن النسب علىٰ شيء، فالصلح باطل؛ لأنَّ النسب حقّ الصبيّ لا حقّها، فلا تملك الاعتياض عن حقّ غيرها، ولأنَّ الصلح إما إسقاط أو معاوضة، والنَّسب لا يحتملها.

ومبطلات الصلح ما يلي:

١ .الإقالة فيما سوىٰ القصاص؛ لأنَّ ما سوىٰ القصاص لا يخلو عن معنىٰ معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للفسخ، كالبيع ونحو.

٢.لحاق المرتدِّ بدار الحرب أو موته علىٰ الردّة عند أبي حنيفة ﵁؛ بناءً علىٰ أنَّ تصرّفات المرتدّ موقوفة عنده علىٰ الإسلام.

٣.الرّدّ بخيار العيب والرؤية؛ لأنَّه يفسخ العقد.

٤ .الاستحقاق، وأنَّه ليس إبطالاً حقيقة، بل هو بيان أنَّ الصلحَ لم يصحّ أصلاً.

٥.هلاك أحد المتعاقدين في الصُّلح علىٰ المنافع قبل انقضاء المدّة، كما في البدائع٦: ٢٤١-٢٥٦.

(١) فعن عوف المزني ﵁، قال ﷺ: «الصلحُ جائزٌ بين المسلمين، إلا صلحاً حَرَّم حلالاً،

وقال عُمَرُ ﵁: «ردُّوا الخُصوم كي يَصَّطلحوا»[1].

قال: (**ويجوز مع الإقرار والسُّكوت والإنكار**)؛ لإطلاقِ ما رَوَينا من النُّصوص.

قال أبو حنيفة ﵁: أُجْوَزُ ما يكون الصُّلحُ عن إنكارٍ؛ لأنّ الحاجةَ إلى جوازِه أَمَسُّ؛ لأنّ الصُّلحَ لقطع المُنازعات وإطفاء الثَّائرات، وهو في الصُّلح عن الإنكار أَبْلَغُ، وللحاجةِ أثرٌ في تجويزِ المُعاقدات، ففي إبطالِهِ فتحُ باب المُنازعات.

قال: (**فإن كان عن إقرارٍ، وهو بمالٍ عن مالٍ فهو كالبيع**)؛ لوجود معنى البَيْع، وهو مُبادلةُ مالٍ بمالٍ بتَراضي المُتَعاقدين، والعِبْرةُ للمَعاني، فيَثْبُتُ فيه خِيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ والشَّرطِ والشُّفعة، ويُشترطُ القُدرةُ على تسليمِ البَدَلِ، ويُفسدُه جهالةُ البدل لإفضائِها إلى المُنازعةِ، ولا تُفْسِدُه جَهالة المَصالح عنه؛ لأنّه إسقاطٌ.

أو أحلّ حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحلّ حراماً» في سنن الترمذي٣: ٦٢٦، وقال: حسن صحيح، وسنن أبي داود٣: ٣٠٤، وسنن ابن ماجة٢: ٧٨٨، وصحيح ابن حبان١١: ٤٨٨.

(١) سبق تخريجه عن عمر ﵁: «ردوا الخصوم إذا كانت بينهم القرابات، فإن فصل القضاء يورث بينهم العداوة» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٧٧.

قال: **(وإن كان بمنافع عن مالٍ فهو كالإجارةِ)**[1]؛ لوجودِ معنى الإجارة، وهو تمليكُ المَنافع بمال، حتى تبطلَ بموتِ أحدِهما في المدّة، كما في صورة الإجارة.

(فإن استُحِقَّ فيه بعضُ المصالح عنه رَدَّ حصَّتَه عن العوض، وإن استُحِقَّ الجميعُ رَدَّ الجميع)؛ لأنّه مبادلةٌ كالبَيْع، وحكم البيع كذلك، **(وإن استُحِقَّ كلُّ المصالح عليه رَجَعَ بكلِّ المصالح عنه، وفي البعض بحصَّتِهِ)**؛ لأنّه مُبادلةٌ؛ لما مَرّ.

قال: **(والصُّلحُ عن سُكوتٍ أو إنكارٍ مُعاوضةٌ في حقِّ المُدَّعِي)**؛ لأنّ من زعمِهِ أنّه يأخذُ عِوَضاً عن مالِه، وأنّه مُحِقٌّ في دَعْواه، **(وفي حَقِّ المُدَّعَى عليه لافتداءِ اليَمين)**؛ لأنّ من زعمِهِ أن لا حَقَّ عليه، وأنَّ المُدَّعِي مُبْطِلٌ في دَعْواه، وإنّما دَفَعَ المال؛ لئلا يحلفَ، ولِتَنْقَطعَ الخُصومةُ.

(وإن استُحِقَّ فيه المصالحُ عليه رَجَعَ إلى الدَّعوى في كلِّه، وفي البعض بقَدْرِه)؛ لأنّه ما تَرَكَ الدَّعوى إلا ليَسْلَمَ له المُصالَحُ عليه، فإذا لم يَسْلَمْ له رَجَعَ إلى دَعْواه؛ لأنّه البَدلُ.

---

(١) أي كلّ منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز، وإن قال: أبداً أو حتى يموت لا يجوز، فإنَّ الاعتبار في العقود للمعاني، فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة كالإجارة، كما في العناية١: ٤١٠.

(وإن استُحِقَّ المصالح عنه رَدّ العِوَض) ورَجَعَ بالخُصومة.

(وإن استُحِقَّ بعضُه رَدَّ حصَّتَه ورَجَعَ بالخُصومة فيه)؛ لأنَّ المدَّعىٰ عليه إنّما بذل العِوَض؛ ليدفعَ الخُصومةَ عنه، فإذا استُحِقَّت الدَّارُ ظَهَرَ أن لا خُصومة فبطل غرضُه، فيَرجِع بالعِوَض، وفي البعضِ خلا المُعَوَّض عن بعضِ العِوَضِ، فيَرجعُ بقدرِه.

(وهلاكُ البَدل) قَبْل التَّسليم **(كاسْتِحقاقِهِ في الفَصْلين)**.

قال: **(ويجوز الصُّلح عن مجهولٍ)**؛ لأنّه إسقاطٌ، **(ولا يجوز إلا على معلومٍ)**؛ لأنّه تمليكُ، فيؤدِّي إلىٰ المُنازعة.

والصُّلحُ علىٰ أربعة أوجه:

معلومٌ علىٰ معلومٍ.

ومجهولٌ علىٰ معلومٍ، وهما جائزان، وقد مَرّ الوَجه فيهما.

ومجهولٌ علىٰ مجهولٍ.

ومعلومٌ علىٰ مجهولٍ، وهما فاسدان.

فالحاصلُ: أنّ كلَّ ما يحتاج إلىٰ قبضِهِ لا بُدَّ أن يكون مَعلوماً؛ لأنّ جهالتَه تُفْضي إلىٰ المُنازعة، وما لا يَحتاجُ إلىٰ قبضِهِ يكون إسقاطاً، ولا يحتاج إلىٰ علمِهِ به؛ لأنّه لا يُفضي إلىٰ المُنازعة.

لو ادَّعى حَقّاً في دارٍ لرجلٍ ولم يُسمه، وادَّعى المُدَّعى عليه حَقّاً في أرضِه، فاصطلحا على أن يدفعَ أحدُهما مالاً إلى الآخر لا يجوز، وإن اصطلحا على أن يَترِكَ كلُّ واحدٍ منهما دَعواه جاز؛ لأنّه لا يحتاج إلى التَّسليم[1]، وفي الأَوَّل يَحتاج إليه.

ولو ادَّعى داراً، فصالحَه على قَدَرٍ مَعْلومٍ منها جاز، ويَصير كأنّه أَخَذَ بعضَ حقِّه وأبرأه عن دعوى الباقي، والبراءةُ عن العَين وإن لم تَصِحّ لكن البَراءة عن الدَّعوى تَصِحُّ، فصحَّحناه على هذا الوجه قَطْعاً للمُنازعة.

قال: (**ويجوز**) الصُّلح (**عن جِناية العَمْد والخَطأ**) في النَّفس وما دونها؛ لإطلاق النُّصوص، ولقوله تعالى: {فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ}[البقرة: ١٧٨]، نَزَلَت عَقِيب ذكر القِصاص، ومعناه: فمَن عُفِي له من دم أَخيه شيءٌ: أي تُرِك القِصاص ورضي بالمال، يدلُّ عليه قوله تعالى: {فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ}[البقرة: ١٧٨]: أي يتبع الطَّالبُ المَطلوبَ بما صالحه عليه أو بالدِّية، ولا يَطْلُبُ أكثرَ من حَقِّه، ويُؤدِّي المُطلوبُ إلى الطالبِ ما وَجَبَ عليه من المال من غير مماطلةٍ، مَرْويٌّ ذلك عن ابنِ عَبَّاس رضي الله عنهما[2] وغيره، وهذا في العَمْد.

---

(١) لو ادعى حقاً في دار إنسان ولم يُسمه وادَّعى المدعى عليه حقّاً في أرضه فاصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً إلى الآخر ليترك دعواه لا يجوز، وإن اصطلحا على أن يترك كل واحد منهما جاز، كما في مجمع الضمانات١: ٣٨٨.

(٢) فعن ابن عباس رضي الله عنهما: «كان في بني إسرائيل القِصاص، ولم تكن فيهم الدية، فقال الله

وأمّا الخطأُ؛ فلأنّ الواجبَ هو المال، فأشبه سائر الدُّيُون، إلا أنّه لو صالح في العَمدِ على أَكثر من الدِّية جاز؛ لأنّ الواجبَ القصاصُ وليس بمال، وفي الخطأ لو صالح على أكثر من الدِّية لا يجوز؛ لأنّ الواجبَ المال، فالزِّيادةُ رباً، وهذا إذا صالحه على نوعٍ من أَنْواعِ الدِّيَة.

أمّا إذا صالحه على نوع آخر كالحِنْطة والشَّعير ونحوهما، فإنّه يجوز بالغةً ما بلغت؛ لأنّها من خلافِ الواجب، فلا رِبا.

وكلُّ ما يصلح مَهْراً في النّكاح يَصْلُحُ بدلاً في الصُّلْح عن دَمِ العَمْد، وما لا فلا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُبادلةُ المال بغير المال، فإنّ صالحَه على خَمْرٍ أو خِنْزيرٍ سَقَطَ القِصاص، ولا يجبُ شيءٌ؛ لأنّ المالَ ليس من ضَروراتِ الصُّلحِ، فَلَغا ذِكْر العِوَض، فيَبْقَى عَفْواً.

وفي الخَطأ تجبُ الدِّية؛ لأنّه المُوجَبُ الأصليُّ، فمَتَى فَسَدَ العِوَض رَجَعَ إليه، كما في النّكاح متى فَسَدَ المُسمَّى يَرْجِعُ إلى مَهْر المِثْل؛ لأنَّه مُوجَبٌ أَصليٌّ لا يَنْفَكُّ عنه النّكاح إلا بتسميةِ غيره، فإذا عُدِمَت التَّسميةُ أو فَسَدَت رَجَعَ إليه، ولا كذلك العمد.

تعالى لهذه الأمة: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ}[البقرة: ١٧٨]، فالعفو أن يقبل الدية في العمد، {فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ}[البقرة: ١٧٨] يتبع بالمعروف ويؤدي بإحسان {ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ}[البقرة: ١٧٨] مما كتب على من كان قبلكم، {فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيم}[البقرة: ١٧٨]، قتل بعد قبول الدية» في صحيح البخاري٦: ٢٣.

ولو صالحه بعفوٍ عن دَمٍ على عفوٍ عن دمٍ آخر جاز كالخُلْع.

ولو قَطَعَتْ يدَه فصالحته على أن يَتَزَوَّجَها وقد برئت يدُه جاز؛ لأنّه صالحها على أَرْش وَجَبَ له عليها وسَقَطَ الأَرش، وإن ماتَ منها لها مَهْرُ مِثْلِها، وعليها الدِّية في ثلاثِ سنين؛ لأنّه ظَهَرَ أنّ حَقَّه في القَتْل، فلم تَصِحَّ التَّسمية.

ولو استُحِقَّ العَبْدُ المُصالحُ عليه رَجَعَ بقيمتِهِ في العَمْد، وبالدِّية في الخَطأ، وقد عُرِفَ وَجْهُهُ.

ولو وَجَدَ عَيْباً يَسيراً رَدَّه في الخَطأ، ولا يَرُدُّه في العَمْدِ إلا بالفاحش فيردُّه، ويأَخُذُ قيمتَه؛ لأنَّ الصُّلحَ في الخَطأِ يحتملُ الفَسخ؛ لوقوعِهِ عن مال، وفي العَمْدِ لا يحتملُ الفَسْخَ؛ لأنّه عن القِصاصِ، وقد سَقَطَ فلا سَبيل إلى اسْتِرْدادِه، فيَرْجِعُ بقيمةِ العِوَض كالنِّكاح والخُلع.

قال: (**ولا يجوزُ عن الحُدُود**)[1]؛ لأنّها حقّ الله تعالى، والمُغَلَّبُ في حَدِّ القَذْفِ حقُّ الشَّرع عندنا.

---

(١) الأصل في هذا: أنَّ الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، فإذا أخذ رجلٌ زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن يرفعَه إلى الحاكم، فصالحه المأخوذ على مال؛ ليترك ذلك فالصلح باطل، وله أن يرجعَ عليه بما دفع إليه من المال؛ لأنَّ الحدّ حقّ الله ﷻ والاعتياض عن حقّ الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام، كما في العناية٨: ٤١٨.

ولا يجوز الاعتياضُ عن حَقِّ الغَير، ولهذا لا يجوز الصُّلْحُ عمَّا أَشْرَعه إلى الطَّريق العامِّ كالظُّلّةِ والرَّوْشَنِ[1] ونحوِهما؛ لأنّه حقُّ العامّة.

ولا يَمْلِكُ الاعتياضُ عن نصيبِهِ؛ لأَنَّه غيرُ مُنْتفعٍ به.

ولو صالحه الإمامُ في الظُّلّةِ ونحوِها جاز إذا رأى ذلك مَصلحةً للمسلمين، ويَضَعُ بدلَه في بيتِ المال، كما إذا باع شَيْئاً من بيتِ المال.

قال: (**ولو ادَّعى على امرأةٍ نِكاحاً فجَحَدَت، ثمّ صالحتْهُ على مالٍ؛ لِيَتْرُكَ الدَّعوى جازَ**)؛ لأنّه أَمْكَنَ تصحيحُه على وجهِ الخُلع، ويكون في حقِّها لدفع الخُصومة، ويَحْرُمُ عليه ديانةً إذا كان مُبْطلاً.

(**ولو صالحها على مالٍ لتقرَّ له بالنِّكاح جاز**)، ويُجعل زيادةً في المَهْر؛ لأنّها تَزْعُمُ أنّها زَوَّجت نفسَها منه ابتداءً بالمُسمَّى، وهو يَزْعُمُ أنّه زادَ في مهرها.

(**ولو ادَّعَت المرأةُ النِّكاح فصالحها**) على مال (**جازَ**)، وقيل: لا يجوز.

وجه الجواز: جعله زيادةً في المهر.

---

(١) أي جناحاً، قال صاحب «القاموس»: الجناح الروشن، ثم قال: الروشن الكوة، وقال في «المغرب»: الروشن الممر على العلو، وقال صاحب «الكفاية»: الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين تتمكن من المرور، وقال صدر الشريعة: إشراع الجناح: إخراج الجذوع إلى الطريق، وهو المناسب إن يراد هنا، كما في مجمع الأنهر٢: ٦٥٣.

ووجه عدم الجَواز ـ وهو الأَصحُّ[١] ـ: أَنَّه إنّما أَعطاها المال؛ لِتَتْرُكَ الدَّعوى، فإن تركتها وكان فرقةً، فهو لا يُعطي في الفرقةِ البَدل، وإن لم تترك الدَّعوى فما حَصَلَ له غرضُه فلا يصحَّ.

قال: (**وإن ادَّعى على شخصٍ أَنَّه عبدُه فصالحُه على مالٍ جاز، ولا وَلاء عليه**)؛ لأنّه أَمْكن تصحيحُه بجعلِه في حقِّ المُدَّعِي كالعِتْق على مال، وفي حقِّ المدَّعَى عليه لدفع الخُصومة؛ لأنّه يَزْعم أنّه حُرُّ الأَصل؛ فلهذا لم يكن عليه ولاءٌ لإنكارِه، فإن أَقام المدَّعِي بيِّنةً بعد ذلك أنّه عبدُه لم تُقْبَلْ؛ لأنّ من زعمِهِ أنّه أَعتقَه على مال، وأنَّ العبدَ اشترى نفسَه بهذا المال، لكن يَثْبُتُ الوَلاء عَملاً بالبيِّنة.

قال: (**عبدٌ بين رجلين أَعْتقَه أحدُهما، وهو موسرٌ، فصالحه الآخرُ على أكثر من نصفِ قيمتِه لم يجز**) الفضل؛ لأنَّ القيمةَ منصوصٌ عليه، قال ﷺ: «قَوم عليه باقيه»[٢]، فلا تجوز الزِّيادة عليه.

ولو صالحه على عَرَضٍ جاز؛ لعدم الجنسيةِ، فلا رباً.

---

(١) وهذا ما اختارته عامة الكتب كالقدوري والهداية، قال الاتقاني: الأصحّ الوجه الثاني، وهو الذي أثبته، واعتمد عليه في شرحه الشيخ أبو نصر البغدادي لا غير، ومثله في «الكفاية»، ونص الكرخي على بطلان الصلح في «مختصره»، كما في الشلبي٥: ٣٧.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «مَن أَعْتَقَ شِركاً له في مملوكٍ، فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال يقوَّم عليه قيمة عدل، فأعتق منه ما أعتق» في صحيح البخاري٣: ١٤٤.

قال: (**ويجوز صُلْحُ المُدَّعِي المُنْكر على مال ليقرَّ له بالعَين**) وصورتُه: رجلٌ ادَّعىٰ علىٰ رجل عيناً في يدِه فأَنْكَره، فصالحه علىٰ مالٍ لِيَعْتَرفَ له بالعَيْن، فإنّه يجوز، ويكون في حَقِّ المُنْكر كالبَيْع، وفي حقِّ المُدَّعي كالزِّيادة في الثَّمن.

قال: (**والفُضُوليُّ إن صالح على مالٍ وضَمِنَه أو سَلَّمَه، أو قال: على أَلفي هذه صَحَّ**) ولزمه تسليمُ المال، ولا يرجعُ علىٰ المدَّعىٰ عليه بشيءٍ؛ لأنّه تبرَّعٌ، وإنّما صحَّ الصُّلحُ؛ لأنَّه أضافَه إلىٰ نفسِهِ أو إلىٰ مالِهِ.

والحاصلُ للمُدَّعَىٰ عليه البراءة، ولا ضرر عليه في ذلك فيَصِحُّ، وصار كالكفالة بغير أَمر المديون.

(**وإن قال: على ألفٍ لفلانٍ يَتَوَقَّفُ على إجازةِ المُصالَح عنه**) إن أجازَه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بَطَلَ كالخُلْعِ والنِّكاحِ وغيرِهما من تصرُّفات الفُضُوليّ.

ولو قال: صالحتُك علىٰ ألفٍ وسكت:

قيل: ينفذ ويجب عليه؛ لأنّه أضاف العقد إلىٰ نفسِهِ كقوله: اشتريت.

وقيل: يتوقَّف علىٰ إجازةِ المدَّعَىٰ عليه؛ لأنّ الإضافةَ لم تتحقَّق إليه؛ لأنّ الفعلَ كما يقع لنفسِه يقعُ لغيره، وإنّما يُعتبر واقعاً له إذا كان له فيه مَنْفعةٌ، ولا منفعة له هنا، وإنّما المَنْفعةُ للمدَّعَىٰ عليه، فاعتبر واقعاً له، بخلاف قوله:

صالحني؛ لأنَّ الياءَ كنايةً عن المفعولِ، فقد جَعَل نفسَه مفعول الصُّلح، فيقع له.

قال: (**والصُّلحُ عمّا استُحِق بعقدِ المُداينة**[1] **أَخذٌ لبعضِ حَقِّهِ وإسقاطٌ للباقي، وليس مُعاوَضةً**)؛ لأنا لو اعتبرناه معاوضةً يكون رباً، وتصحيح تصرُّفه واجبٌ ما أَمكن، وقد أَمكن بما ذكرناه من الطَّريق، فيُصارُ إليه.

(**فإن صالَحه على ألفِ درهمٍ بخمسمئةٍ، أو عن ألفٍ جيادٍ بخمسمئةٍ زيوفٍ، أو عن حالّةٍ بمثلِها مؤجَّلةٍ جاز**)، ففي الأولى أَسْقط بعضَ حقِّه، وفي الثَّانية بعضَه والصِّفة، وفي الثَّالثة تَعَذَّر جعلُه مُعاوضةَ النَّقد بالنَّسيئة لحرمتِهِ، فحملناه على تأجيل نفسِ الحقِّ، وكلُّ ذلك حقُّه، فله إسقاطُه.

(**ولو صالحه على دَنانير مؤجَّلة لم يجز**)؛ لأنّه بيعُ الدَّراهم بالدَّنانير نسيئةً، وأنّه لا يجوز؛ لأنّها ليست من جنسِ الحقِّ المُسْتَحَقّ؛ ليكون إسقاطاً لبعضِهِ، وتأجيلاً لبعضِهِ، فتَعيَّن ما ذكرناه.

ولو صالحه على أَلفٍ مؤجّلةٍ بخمسمئةٍ حالَّةٍ لم يجز؛ لأنّه اعتياضُ عن الأجل، ولا يجوز؛ لأنّ المعجَّلة خيرٌ من المُؤجَّلة، فيكون التَّعجيلُ بإزاء ما حَطَّ عنه، فلا يَصِحُّ.

---

(١) يعني: أنَّ بدل الصلح إن كان من جنس ما يستحقّه المدّعي على المُدَّعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما، فإنَّ الصلحَ لا يحمل على المعاوضة، كما في الجوهرة١: ٣٢١.

قال: **(ولو صالحه عن ألفٍ سُودٍ بخمسمئةٍ بِيضٍ لا يجوز)**؛ لأنَّ البِيضَ غيرُ مُستحقَّةٍ، فيكون مُعاوضةً وأنّه لا يجوز.

(ولو قال له: أدِّ إليَّ غداً خمسمئة على أنّك بريء من خمسمئةٍ، فلم يؤدِّها إليه، فالألفُ بحالِها).

وقال أبو يوسف ﷺ: سَقَطَ خمسمئةٍ.

وأجمعوا أنّه لو أدَّىٰ خمسمئةٍ غداً برئ.

لأبي يوسف ﷺ: أنّه إبراءٌ مطلقٌ؛ لأنّه جعل الأداءَ عِوَضاً عن الإبراء نظراً إلىٰ كلمةِ: «علىٰ»، والأداءُ لا يَصلحُ أن يكون عِوَضاً؛ لوجوبه عليه، فصار ذكره كعدمه.

ولهما: أنّه إبراءٌ مقيَّدٌ بشرط الأداء، وأنّه غرضٌ صالحٌ حَذَراً من إفلاسه، أو ليتوسَّل بها إلىٰ ما هو الأنفع من تجارةٍ رابحةٍ، أو قضاءِ دينٍ، أو دفع حبس، فإذا فات الشَّرط بَطَلَ الإبراء، وكلمة: «علىٰ» تحتمل الشَّرط، فُيحمل عليه عند تَعَذُّر المُعاوضة تصحيحاً لكلامِهِ وعَمَلاً بالعُرْف.

ولو قال: أبرأتُك من خمسمئةٍ من الألفِ علىٰ أن تعطيني الخمسمئةَ غداً صحَّ الإبراءُ أَعطىٰ الخمسمئة أو لم يعط؛ لأنّه أَطلق الإبراء ووقع الشَّكّ في تعليقِهِ بالشَّرط فلا يَتَقَيَّدُ، بخلاف المسألة الأُولىٰ؛ لأنّه من حيث إنّه لا يَصْلُحُ عِوَضاً يقعُ مُطلقاً، ومن حيث إنّه يَصْلُحُ شَرْطاً لا يَقَعُ مُطلقاً، فلا يثبتُ الإطلاق بالشَّكِّ.

ولو قال: أَدِّ إليَّ خمسمئة على أنّك بريءٌ من الفضل ولم يوقِّت، فهو إبراءٌ مطلقٌ؛ لأنَّ الأداءَ واجبٌ عليه في جميعِ الأَوْقات فلم يصلح عِوَضاً، فلم يَتَقَيَّد.

ولو قال: صالحتُك من الألفِ على خمسمئةٍ تدفعها إليَّ غداً وأنت بريء من الباقي، على أنّك إن لم تدفعها غداً، فالألفُ عليك، فهو كما قال؛ لأنَّه صَرَّحَ بالتَّقييد.

ولو ادّعى عبداً فصالحه على غَلَّتِه شَهْراً لم يجز، وعلى خدمتِهِ شَهْراً يجوز؛ لأنّها معلومةٌ، والغلةُ مجهولةٌ غيرُ مقدورةِ التَّسليم؛ لأنها لا تجب إلا بعد الإجارة والعمل.

قال: (**ولو صالح أحدُ الشَّريكين عن نصيبِهِ بثوبٍ فشريكُه إن شاء أَخَذَ منه نصفَ الثَّوب**)[1]؛ لأنّ له حقُّ المُشاركة؛ لأنّه عِوَضٌ عن دينِهِ، فإذا اختار ذلك فقد أجازَ فِعْلَ الشَّريك، (**إلا أن يعطيه رُبْعَ الدَّين**)؛ لأنّه حقُّه في

---

(١) الأصل: أنَّ الدَّين المشترك بين اثنين إذا كان بسبب واحد، فمتى قبض أحدهما شيئاً منه فإنَّ المقبوض من النَّصيبين جميعاً، فلصاحبه أن يشاركَه في المقبوض، ولكنَّه قبل المشاركة باقٍ على ملك القابض حتى ينفذ تصرّفه فيه، ويضمن لشريكه حصّته، وإنَّما كان المقبوضُ من النصيبين جميعاً؛ لأنا لو جعلناه من أحدهما قسّمنا الدين حال كونه في الذمّة، وذلك لا يجوز؛ لأنَّ القسمة تميز الحقوق، وذلك لا يتأتى فيما في الذمّة، وإذا لم تجز القسمة صار المقبوض من الحقّين، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد: كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة، كما في الجوهرة١ : ٣٢٣.

الدَّينِ لا في الثَّوبِ، (**وإن شاءَ اتبعَ المُديونَ بنصفِهِ**)؛ لبقاء حِصَّتِهِ في ذِمَّتِهِ؛ لأنّه لم يأذن له بالدَّفع إلى غيره.

والدَّينُ المشتركُ كالموروث وقيمةِ عينٍ مُستهلكةٍ بينهما وثمنِ مَبيعٍ ونحوه.

قال: (**ولا يجوز صلحُ أحدِهما في السَّلَم على أَخذ نصيبه من رأس المال**) عند أبي حنيفة ومحمَّد ﷺ، ويتوقَّفُ على إجازةِ شريكِه، فإن ردَّ بَطَلَ أَصْلاً وبقي المُسَلَّم فيه بينهما على حالِهِ، وإن أَجاز نَفَذَ عليهما، فيكون نصفُ رأس المال بينهما، وباقي الطَّعام بينهما؛ لأنّه قِسمةُ الدَّين قبل قبضِه فلا يجوز، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دنانير، فتَصالحا على أنّ لهذا الدَّراهم ولهذا الدَّنانير، فإنّه لا يصحّ.

وبيان كونه قِسمةً أنّه يَمتاز أحدُ النَّصيبين عن الآخر، ولأَنَّه فَسَخَ على شريكِهِ عقدَه فلا يجوز؛ لأنَّ العقدَ صدرَ منهما، ولهذا يَرْجعُ عليه بنصفِ رأس المال إذا تَوَى الباقي على المَطلوب.

وقال أبو يوسف ﷺ: جاز الصُّلح، وله نصفُ رأس المال، وصاحبُه إن شاء شاركه فيما قَبَضَ، وإن شاءَ اتبع المطلوبَ بنصفِهِ، إلا إذا تَوَى عليه، فيرجعُ على شريكه.

له: الاعتبار بسائر الدُّيون، وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدُهما في نصيبِه.

قال: **(وإن صالح الوَرثةُ بعضَهُم عن نصيبِه بمال أَعْطوه، والتَّركةُ عروضٌ جازَ قَليلاً أَعطوه أو كثيراً)**؛ لما بيّنّا أنّه في معنى البيع، و«عثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأةَ عبدِ الرحمن بن عوف عن رُبُعِ الثَّمن، وكان له أَربع نسوةٍ على ثمانين ألف دينار»[١] بمحضر من الصَّحابة رضي الله عنهم من غير نكير.

قال: **(وكذلك إن كانت أحد النَّقدين فأَعطوه خلافه)**؛ لأنّ بيع الجنس بخلافه جائز.

(وكذلك لو كانت نقدين فأَعطوه منهما)، ويُصْرَفُ كلُّ واحدٍ منهما إلى خلاف جنسِهِ، وقد مرّ في البيوع.

ثمّ إن كان في يده شيءٌ من التَّركة، إن كان مُقرّاً به يكون أمانةً، فلا بُدّ من تجديد القبض فيه؛ لأنّه أضعفُ من قبض الصُّلح، فلا ينوب عنه، وإن كان جاحداً له صار مَضموناً عليه، فينوب عن قبض الصُّلح.

(ولو كانت نقدين وعُرُوضاً فصالحوه على أحدِ النَّقدين، فلا بُدّ أن يكون أكثر من نصيبِهِ من ذلك الجِنْس)[٢]؛ ليكون نصيبُه بمثلِه والزِّيادةُ بحقِّه

---

(١) في مصنف عبد الرزاق ٧: ٦٢، وسنن سعيد بن منصور ٢: ٦٦، ومسند الشافعي ص٢٩٤، وسنن البيهقي الكبير ٧: ٣٦٢.

وعن عن عمرو بن دينار رضي الله عنه: «إنَّ امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٨٩.

(٢) احترازاً عن الربا، ولا بُد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة؛ لأنّه

من بقيّة التَّركة تحرزاً عن الرِّبا.

(ولو كان بدلُ الصُّلح عَرْضاً جاز مطلقاً)؛ لعدم تحقُّق الرِّبا.

وكلُّ موضعٍ يُقابل فيه أحدُ النُّقدين بالآخر يشترطُ القَبض المجلس؛ لأنّه صَرْفٌ.

قال: **(وإن كان في التَّركةِ ديونٌ فأخرجوه منها على أن تكون لهم لا يجوز)**؛ لأنّه تمليكُ الدَّين من غيرِ مَن عليه الدَّين، **(وإن شرطوا براءةَ الغُرماء جاز)**[1]؛ لأنّه إسقاطُ أو تمليكُ الدَّين ممَّن هو عليه، وأنّه جائز.

صرفٌ في هذا القدر، ولو كان بدلُ الصلح عرضاً جاز مطلقاً؛ لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس، كما في البيع، لكن يشترط التقابض للصرف، كما في العناية٨: ٤٤١.

(١) ومن الحيل لصحة هذا الصلح:

الأولى: أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدَّين، ويصالح عن أعيان التركة بمال، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة؛ لأنَّ المصالح لا يبقى له على الغرماء حق، لا أنَّ حصته من الدَّين تصير لهم.

والثانية: أنَّ بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً، ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء، وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة؛ لأنَّ النقد خير من الدين.

والثالثة: وهي أحسن الطرق، وهي الإقراض، بأن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه، ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٤٠، واللباب١: ٣٢٣.

وإن كان على الميتِ دينٌ لا يصالحون، ولا يقسمون حتى يقضوا دَينه؛ لتقدُّم حاجتِه، ولقوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾[النِّساء: ١١].

وإن قَسموها، فإن كان الدَّينُ مُسْتَغْرِقاً للتَّركة بطلت؛ لأنّه لا ملك لهم فيها، وإن كان غيرَ مُسْتَغْرقٍ جاز استحساناً لا قياساً، والله سبحانه أعلم.

❋ ❋ ❋

كتاب الشَّركة

الشِّرك: النَّصيب، قال ﷺ: «مَن أعتق شركاً له في عبد»[1]: أي نصيباً، قال النابغةُ الجَعديُّ:

وشارَكْنا قُرَيشاً في تُقاها وفي أَحسابها شِرْكَ العِنان[2]

أي: أخذنا نصيباً من التُّقى والحَسب مثل نصيب قُريش منهما: كشَركة العِنان لكلِّ واحدٍ نَصيبٌ من المال والكَسْب.

وسُمِي الشَّريكان؛ لأنَّ لكلَّ واحدٍ منهما شِركاً في المال: أي نَصيباً.

وهي في الشَّرع[3]: الخِلطةُ وثبوتُ الحِصّة.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «مَن أعتق شركاً له في عبد» في صحيح البخاري٣: ١٤٤.

(٢) ينظر: أنساب الأشراف٥: ٣، وتاريخ الطبري١١: ٦٥٥، والمفصل في تاريخ العرب١٤: ٩٧.

(٣) الشركة عبارة عن خلط النصيبين بحيث لا يتميّز أحدهما عن الآخر، كما في التبيين ٣: ٣١٢.

وهي مشروعةٌ بالنُّصوص، قال ﷺ: «يد الله على الشَّريكين ما لم يَخُن أحدُهما صاحبه، فإذا خان أحدُهما صاحبَه رفعَها عنهما»[1]، وقال ﷺ: «الشَّريكان الله ثالثهما ما لم يَخُونا، فإذا خانا مُحِيَت البَركُة بينهما»[2]، و«كان قَيْسُ بنُ السَّائب شَريكَ رسول الله ﷺ في تجارة البَز والأدم»[3]، وذكر الكَرْخيُّ أسامةُ بنُ شريك، وقال ﷺ في صفتِه: «كان شريكي، وكان خير

وشروطها العامة:

١.أهلية الوكالة؛ لأنَّ الوكالة لازمة في الكلّ، وهي أن يصير كلّ واحد منهما وكيل صاحبه في التصرّف بالشراء والبيع، وَتَقَبُّل الأعمال.

٢.أن يكون الرِّبحُ معلومَ القدر، فإن كان مجهولاً تفسد الشركة؛ لأنَّ الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد.

٣.أن يكون الرِّبح جُزءاً شائعاً في الجملة لا مُعيَّناً، فإن عيَّنا عشرةَ أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة؛ لأنَّ العقدَ يقتضي تحقّق الشَّركة في الرِّبح، والتَّعيينُ يقطع الشَّرك، كما في البدائع١: ٥٩.

(١) فعن أبي حيان التيمي عن أبيه ﷺ في سنن الدارقطني٣: ٤٤٢.

(٢) فعن أبي هريرة ﷺ، قال: «إن الله يقول: أنا ثالث الشَّريكين ما لم يخن أحدُهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما» في سنن أبي داود٣: ٢٥٦، والمستدرك٢: ٦٠، وصححه.

(٣) فعن السَّائب ﷺ، قال: جاء عثمان بن عفان ﷺ وزهير بن أمية، فاستأذنا على النَّبيِّ ﷺ، فأثنيا عليّ عنده، فقال رسول الله ﷺ: «أنا أعلم به منكما، كان شريكي في الجاهلية» في المعجم الكبير٥: ٢٧٣

شَريك لا يُشاري ولا يُماري ولا يُداري»[1]: أي لا يُلِحُّ ولا يُجادلُ ولا يُدافعُ عن الحقّ.

وبُعِث رسولُ الله ﷺ والنَّاسُ يَتَعاملونَها فلم ينكر عليهم، وَتعاملوا بها إلى يَومنا هذا من غير نَكير، فكان إجماعاً.

قال: (**الشَّركةُ نوعان: شركةُ ملكٍ، وشركةُ عقدٍ.**

فشركةُ الملك نوعان: جَبْرية، واختيارية.

وشركةُ العَقودِ[2] نوعان: شركةٌ في المال، وشركةٌ في الأعمال.

فالشَّركُة في الأَموال أنواع: مفاوضةٌ، وعنانٌ، ووجوه، وشركة في العروض.

والشَّركةُ في الأعمال نوعان: جائزةٌ، وهي شركةُ الصَّنائع[1]، وفاسدةٌ[2]، وهي الشَّركة في الُمباحات)، وسيأتيك بيانُ ذلك إن شاء الله تعالى.

---

(١) فعن السائب رضي الله عنه، قال ﷺ: «كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، لا تداريني، ولا تماريني» في سنن ابن ماجة٢: ٧٦٨، والمعجم الأوسط٢: ١٤٤.

(٢) الشركة على ثلاثة أوجه: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه، وكلّ واحد منها على وجهين: مفاوضة وعنان، كذا في الخجندي، كما في الجوهرة النيرة١: ٢٨٥، وفي البدائع١: ٥٧: «ويدخل في كلّ واحد من الأنواع الثلاثة: العنان والمفاوضة، ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة».

أمّا شَركةُ الأملاك:

١.إمّا الجَبْرية: بأن يختلِطَ مالان لرجلين اختلاطاً لا يُمكن التَّمييز بينهما أو يَرثان مالاً.

٢.والاختيارية: أن يشتريا عيناً، أو يتهبا، أو يوصى لهما فيَقبلان، أو يَستَوليا
على مالٍ أو يَخلطا ماليهما.

وفي جميع ذلك كلٌّ واحدٍ منهما أَجنبيٌّ في نصيبِ الآخر، لا يَتَصَرَّفُ فيه إلا بإذنه؛ لعدم إذنِهِ له فيه.

ويجوز بيعُ نَصيبه من شريكِهِ في جميعِ الوجوه.

وأمّا من غيرِه فما ثَبَتت الشَّركةُ فيه بالخَلْطِ أو الاختلاط لا يجوز إلا بإذن شريكه؛ لأنّ الخلط استهلاك معنى، فأورث شبهةَ زَوال ملكِ نصيبِ

(١)فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما، فيقولا: اشتركنا على أن نعمل فيه على أنَّ ما رزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا، كما في البدائع ٦: ٥٧.

(٢) وهي أن يشتركا وليس لهما مال، لكن لهما وجاهة عند النّاس، فيقولا: اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة، ونبيع بالنقد، على أنَّ ما رَزَق الله جل جلاله من ربح، فهو بيننا على شرط كذا، وسمي هذا النوع شركة الوجوه؛ لأنَّه لا يُباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة، سمي بذلك؛ لأنَّ كلّ واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعها بالنسيئة، كما في البدائع ١: ٥٧.

كلِّ واحدٍ منهما إلى صاحبه، وفيما يَثْبُتُ بالميراث والبَيْع والهِبةِ والوَصيّةِ يجوز بيعُ أحدِهما نصيبَه من أَجْنبيٍّ بغيرِ إذنِ صاحبِه؛ لأنَّ ملكَ كلِّ واحدٍ منهما قائمٌ في نصيبه من كلِّ وجهٍ.

وأمّا شركةُ العُقود فرُكنُها الإيجابُ والقَبول، وهو أن يقول: شاركتُك في كذا وكذا، فيقول الآخر: قَبِلْتُ.

وشرطُها: أن يكون التَّصرُّفُ المعقود عليه قابلاً للوكالة، حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه؛ ليكون الحاصلُ بالتَّصرُّفِ مُشتركاً بينهما؛ إذ هو المَطلوبُ من عقد الشركة.

(أمّا المُفاوضةُ: فهو أن يَتَساويا في التَّصرُّف والدَّين والمال الذي تَصِحُّ فيه الشَّركة)[1]؛ لأنّها في اللُّغة تَقْتَضي المُساواة، يُقال: فاوضَ يُفاوض: أي ساوى يُساوي، فلا بُدَّ من تحقُّق المُساواة ابتداءً وانتهاءً، وذلك فيما ذَكَرناه.

---

(١) شروط شركة المفاوضة:
١. أن يكون رأسُ المال من الأَثمانِ المطلقة، وهي الدراهم والدنانير.
٢. أن يكون رأسُ مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً، ولا مالاً غائباً، فإن كان لا تجوز عناناً كانت أو مفاوضة؛ لأنَّ المقصودَ من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرّف، ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب، فلا يحصل المقصود، كما في البدائع٦: ٦٠.
٣. أن يكونا حرّين عاقلين.
٤. المساواة في رأس المال قدراً، وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف.
٥. أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصحّ فيه الشركة؛ لأنَّ ذلك يمنع المساواة.

أمّا المالُ؛ فلأنّه الأصلُ في الشَّركة، ومنه يكون الرِّبحُ.

وأمَّا التَّصرُّف؛ فلأنّه متى تَصرَّفَ أحدُهما تَصرُّفاً لا يَقْدِر الآخرُ عليه فاتَتِ المُساواةُ.

وكذا في الدِّين؛ لأنَّ الذِّميَّ يَمْلِكُ من التَّصرُّفِ في بيعِ الخَمْرِ والخِنْزير وشرائهما ما لا يَمْلكُه المسلمُ، فلا مُساواة بينهما، فلهذا قُلنا: لا يصحُّ بينهما مُفاوضةٌ.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: تَنْعَقِدُ المُفاوضةُ بينهما؛ لأنَّ ما يَمْلِكُه الذِّميُّ من بيعِ الخمرِ والخنزيرِ يملكُه المسلم بالتَّوكيل، فتحقَّقت المُساواةُ.

قُلنا: الذِّميُّ يَملك ذلك بنفسِهِ وبنائبِهِ، ولا كذلك المُسلمُ فانتفت المُساواة.

فإذا عَقدا المُفاوضةَ صارت عِناناً عندهما؛ لفواتِ شَرطِ المُفاوضةِ ووجودِ شَرْطِ العِنان.

وكذلك كلَّما فاتَ شَرْطٌ من شرائطِ المُفاوضةِ يُجعلُ عِناناً إذا أَمْكَنَ تَصحيحاً لتصرُّفهما بقدر الإمكان.

---

٦. المُساواةُ في الرِّبح، فإن شَرَطا التَّفاضل في الرِّبح لم تكن مفاوضة؛ لعدم المساواة.
٧. العُموم في المُفاوضة، وهو أن يكون في جميع التِّجارات، ولا يختص أحدهما بتجارةٍ دون شريكه؛ لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة،... كما في البدائع ١: ٦١.

قال: **(ولا تصحُّ إلا بين الحُرَّين البالغين العاقِلين المُسلمين أو الذِّمْيَين)** وإن كان أحدُهما كتابياً والآخرُ مجوسيّاً؛ لِتَساويهما في التَّصرُّفِ، ولا تَصِحُّ بين العَبدِ والحُرِّ، ولا بين الصَّبيِّ والبالغِ؛ للتَّفاوتِ بينهما، فإنَّ الحُرَّ والبالغَ يَملكان الكَفالة والتَّبرُّعات، ولا كذلك الصَّبيُّ والعبد، أو يملكانها بإذن الوَليِّ والمَوْلى.

ولا تَصِحُّ بين العبدين، ولا بين الصَّبيين، ولا بين المُكاتبين؛ لأنَّ هؤلاء ليسوا من أهل الكَفالة، وأنّها تنعقدُ على الكَفالة على ما نُبَيِّنه إن شاء الله تعالى.

والأصلُ في جَوازها قوله ﷺ: «فاوضوا، فإنّه أَعظمُ للبَركة»[1]؛ ولأنّها تشتملُ على الوَكالةِ والكَفالةِ والشَّركةِ في الرِّبح، وكلُّ واحدٍ منها جائزٌ عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع.

قال: **(ولا تَنْعَقِدُ إلا بلفظِ المُفاوضة)**؛ لأنّ العَوامَّ قَلَّما يَعْلَمون شَرائطها، وهذه اللَّفظةُ تتضمَّن شرائطَها ومعناها، **(أو بتَبْيين جميع مُقتضاها)**؛ لأنّ العِبْرةَ للمَعاني.

---

(١) فعن صهيب رضي الله عنه، قال ﷺ: «ثلاث فيهنّ البركة، البيع إلى أجل، والمقارضة، وأخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع» في سنن ابن ماجة٢: ٧٦٨، و يوجد في بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بدل المقارضة، كما في الدراية٢: ١٤٤، وضعفه ابن حجر في بلوغ المرام ص٢٦٩.

قال: (**ولا يُشْتَرطُ تَسليمُ المال**)؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا يَتَعيَّنان في العُقُود.

قال: (**ولا خَلْطُها**)(١)؛ لأنّ المقصودَ الخَلْطُ في المشترى، وكلُّ واحدٍ منهما يشتري بما في يدِه بخلافِ المُضاربةِ؛ لأنّه لا بُدّ من التَّسليم؛ ليتمكن من الشِّراءِ.

ويُشتَرطُ حُضورُه عند العَقد أو عند المُشترى؛ لأنَّ الشَّركةَ تتمُّ بالشِّراء؛ لأنَّ الرِّبح به يحصل.

قال: (**وتَنْعَقِدُ على الوَكالةِ والكَفالةِ**)؛ لأنَّ المُساواةَ بذلك تتحقَّق، وهو أن يكون كلُّ واحدٍ منهما مُطالَباً بما طُولِب به صاحبُه بالتِّجارة، وهو الكفالةُ، وأن يكون الحاصلُ في التِّجارةِ بفعل أيِّهما كان مُشتركاً بينهما، وهي الوَكالة، فكان معنى المُفاوضة وهو المُساواة يَقْتَضي الكَفالة والوَكالة، فكأنَّ كلَّ واحدٍ منهما فوَّضَ إلى الآخر أَمر الشَّركةِ على الإطلاق ورَضِي بفعلِه، وذلك يَقْتَضي الوَكالةَ والكَفالة أيضاً.

---

(١) لأنَّ الشركةَ مستندةٌ إلى العقد دون المال؛ لأنَّ العقدَ يُسمّى شركة، ولا بُدّ من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً، ولأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعيّنان، فلا يستفاد الربح برأس المال، وإنَّما يستفاد بالتصرّف؛ لأنَّه في النصف أصيل، وفي النصف وكيل، وإذا تحقَّقت الشركة في التصرّف بدون الخلط تحقَّقت في المستفاد به، وهو الربح بدونه، كما في البحر٥: ١٨٩.

قال: (**فما يَشتريه كلُّ واحدٍ منهما على الشَّركة**) عَمَلاً بعقد المُفاوضة، (**إلاّ طَعام أهله وإدامِهم وكِسوتِهم وكِسوتِه**)، والقياسُ أن يكون على الشَّركةِ بمُقْتَضى العَقد، إلا أنّا استحسنا ذلك للضَّرورة، فإنَّ الطَّعام والكُسوة من اللَّوازم، ولا يُمكن إيجادُها من مال غيرِه، فيَجب في مالِهِ ضَرورةً.

قال: (**وللبائع مُطالبةُ أيّهما شاء بالثَّمن**) بمُقتضى الكَفالة، ثمَّ يَرْجِعُ الكَفيل على المُشتري بنصفِ ما أَدَّى؛ لأنّه كَفيلٌ أدَّى عنه بأَمره.

قال: (**وإن تَكفَّلَ بمالٍ عن أَجنبيٍّ لزم صاحبَه**)، وقالا: لا يَلْزَمُه؛ لأنّه تَبَرُّعٌ حتى لا يصحَّ من الصَّبيِّ والمأذونِ، وصار كالإقراض.

وله: أنّه تَبرُّعٌ ابتداءً لما ذُكِر مُعاوضةٌ انتهاءً؛ لأنَّه يجب له الضَّمان على المكفول عنه، حتى لو كَفِلَ عنه بغير أَمره لا يلزم شريكه، وبالنَّظر إلى المُعاوضةِ يلزمُ شَريكه.

والإقراضُ ممنوعٌ، أو يقول: هو إعارةٌ؛ ولهذا لا يَصِحُّ فيه التَّأجيل، وللمردودِ في الإعارةِ حكمِ العين لا حكم البدل، فلم توجد المعاوضة.

وضمانُ الغَصبِ والاستهلاكِ كالكَفالة؛ لأنّه مُعاوضةٌ انتهاءً.

وكذا ما يَلزمُ أحدُهما من الدُّيون بسببٍ تَصِحُّ فيه الشَّركةُ: كالبَيْعِ والإجارةِ ونحوِهما يَلْزَمُ شريكَه، وما لَزِمَ بسببٍ لا تَصِحُّ فيه الشَّركةُ لا يَلْزَمُ كالنِّكاحِ وبَدَلِ الخُلْعِ والصُّلْح عن دمِ العَمْدِ ونحوه.

قال: **(فإن مَلَكَ أحدُهما ما تَصِحُّ فيه الشَّركة صارت عِناناً)**[١]؛ لِزَوال المُساواة، وذلك مثل الإِرْثِ والوَصِيةِ والاتهابِ.

والمُساواةُ في العِنان ليست بِشَرْطٍ فتَصِير عِناناً؛ لوجودِ شَرائطها.

(وكذا في كلِّ مَوْضعٍ فَسَدَت فيه المُفاوضة؛ لفوات شرطٍ لا يُشْترطُ في العِنان)، فتصيرُ عِناناً، وإن مَلَكَ شيئاً لا تصحُّ فيه الشَّركةُ كالعَقارِ والعُروض، فالمفاوضةُ بحالها؛ لأنَّ ذلك لا يُبطلُها في الابتداءِ، فكذا حالة البَقاء.

قال: **(ولا تنعقدُ المُفاوضةُ والعِنان إلا بالدَّراهم والدَّنانير وتِبْرَيْهما إن جَرَى التَّعامل به، وبالفُلُوس الرَّائجة)**[٢].

---

(١) أي بطلت المفاوضة إذا ورث أحدهما أو وُهِبَ له ما تصح فيه الشركة ووصل إلى يده، وهو النقدان؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال، إذ المساواة فيها شرط ابتداءً وبقاءً، وقد فات؛ إذ لا يشاركه الآخر فيه؛ لانعدام السبب في حقه، وتنقلب عناناً للإمكان؛ إذ لا يشترط فيه المساواة، كما في التبيين٣: ٣١٦.

(٢) فإن كانت الفلوس كاسدة فلا تجوز الشركة; لأنَّها عروض، وإن كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ﭫ، وعند محمد ﭬ تجوز، والكلام فيها مبني على أصل: وهو أنَّ الفلوس الرائجة ليست أثماناً على كلِّ حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﭫ؛ لأنَّها تتعين بالتعيين في الجملة، وتصير مبيعاً بإصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما، فأما إذا لم تكن أثماناً مطلقة؛ لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة

أَمَّا الدَّراهم والدَّنانير؛ فلأنَّهما ثمنُ الأشياءِ خِلْقَةً وَوَضْعاً، ولا خِلافَ في ذلك.

وأمَّا التِّبْرُ، فقيل: يَجوز مُطلقاً؛ لأنَّ الذَّهبَ والفِضّةَ خُلِقا ثَمَنَين.

وقيل: لا يجوز إلا بالتَّعامل، وهو الأَصحُّ(١)؛ لأنّهما وإن خُلقا للثَّمنيّة لكن بوصف الضَّربِ حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاقِ إلى التِّبْر، وإنّما ينصرُف إلى المَضْروب، إلا أنا أَجرينا التَّعامل مجْرَى الضَّرب عَمَلاً بالعُرْف، فألحقناه بهما عند التَّعامل.

وإن كان لأحدِهما دَراهم وللآخر دَنانير، أو لأحدِهما سُودٌ وللآخرِ بِيضٌ جازت المُفاوضة إن استوت قيمتُهما؛ لأنّه جِنْسٌ واحدٌ من حيث الثَّمَنية، وإن تفاضلا في القِيمةِ لا تصحُّ المُفاوضةِ وتصير عِناناً؛ لما تَقَدَّمَ.

ورَوَى الحَسَنُ عن أبي حنيفة ﷺ: أنَّه لا يجوز وإن استويا في القِيمة، وهو قَول زُفر ﷺ؛ لأنّ الشَّركة تُنْبئ عن الخِلطة، ولا اختلاطَ مع اختلافِ الجِنْس.

كسائر العروض، وعند محمد ﷺ: الثمنية لازمة للفلوس النافقة، فكانت من الأثمان المطلقة؛ ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين، فتصلح رأس مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير، كما في البدائع٦: ٥٩.

(١) اختاره عامة الكتب كالقدوري والهداية٣: ٨، ودرر الحكام٢: ٢٠٠، وغيرها.

وجوابُه: أَنّهما جِنْسٌ واحدٌ من حيث الثَّمنيّة نَظَراً إلى المَقْصودِ على ما بيَّنَّا.

وأمَّا الفُلُوسُ[1]؛ فلأنّها إذا راجَتْ التحقَتْ بالأثمان.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما: أنّه لا يجوز؛ لأنّ ثمنيَّتَها تَتَعَيَّنُ بالاصطلاح.

ومُحَمَّد رضي الله عنه: مَرَّ على أَصلِهِ في ثمنيَّتِها حتى لا تتعيَّن بالتَّعيين حالةَ النَّفاق والرَّواج.

قال: (**ولا تصحُّ بالعُرُوض**)[2]؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى رِبحِ ما لم يَضْمَن؛ لأنَّه لا بُدَّ من بيعِها، فإذا باع أحدُهما عروضَه بألفٍ وباع الآخرُ عروضَه بألفٍ

---

(١) قال في التصحيح: «لم يذكر القدوري في هذا اختلافاً، وكذلك الحاكم في الكافي، فقال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس، وذكر الكرخي أنَّ الجواز على قولهما، وقال في الينابيع: وأما بالفلوس إن كانت نافقة فكذلك عند محمد رضي الله عنه، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا تصحّ الشركة بالفلوس وهو المشهور، وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما: أنَّ الشركة بالفلوس جائزة، فأبو يوسف مع أبي حنيفة رضي الله عنهما في بعض النسخ، وفي بعض النسخ مع محمد رضي الله عنه، وقال الإسبيجابي في مبسوطه: الصحيح أنَّ عقد الشركة يجوز على قول الكلّ، لأنَّها صارت ثمناً باصطلاح الناس، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ وأبو الفضل الموصليّ وصدر الشريعة».

(٢) لأنَّ الشركةَ في العروض تؤدّي إلى جهالة الربح عند القسمة؛ لأنَّ رأسَ المال يكون قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنَّها تعرف بالحزر والظن، فيصير الربح

وخمسمئةٍ، ومُقتضىٰ العقد الشَّركة في الكَيل، فما يأخذه صاحبُ الأَلف زيادةً علىٰ الأَلفِ ربحُ ما لم يَضْمَنْ، وقد «نهىٰ رسول الله ﷺ عن رِبْح ما لم يَضْمَنْ»[١].

قال: (**إلا أن يبيعَ أحدُهما نصفَ عُرُوضِه بنصفِ عُروض الآخر إذا كانت قِيمتاهما على السَّواء**)، فتَنْعَقِدُ شركةُ أَملاك، (**ثمّ يعقدان الشَّركة**) علىٰ قيمتِها، وهذه شركةُ العُروض.

وإن اشتركا علىٰ أن يبيعَ كلُّ واحدٍ منهما عُروضَه ويكون ثمنُه بينهما لا يجوز؛ لما تَقَدَّمَ.

وتَصِحُّ الشَّركةُ بالمَكيلِ والمَوزونِ والمَعدودِ المُتقارب إذا خُلِطا واتحدَّ الجِنْس، وما رَبحا لهما، والوَضيعة عليهما.

وذكر الكَرّخيُّ ﷺ أنَّ عند أبي يوسف ﷺ: هي شركةُ أملاك؛ لأنّها ليست بأثمان فلا يصحُّ التَّفاضُلُ في الرِّبح.

مجهولاً؛ فيؤدي إلىٰ المنازعة عند القسمة، وهذا المعنىٰ لا يوجد في الدراهم والدنانير؛ لأنَّ رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها، فلا يؤدي إلىٰ جهالة الربح، كما في البدائع٦: ٥٩.

(١) فعن ابن عمرو ﷺ، قال ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» في سنن الترمذي٣: ٥٢٧، وقال: حسن صحيح، وسنن النسائي الكبرىٰ٥: ٥٣، وصحيح ابن حبان١٠: ١٦١.

وعند مُحمَّد ﵁: تصحُّ شركةُ عقدٍ بالخَلْطِ؛ لأنّها تصلحُ ثمناً لوجوبها ديناً في الذِّمَّة، إلاَّ أنَّ قبل الخَلْطِ لا تتحقَّق الوَكالة، فإنَّه لو قال له: اشتر بحِنْطتِك شيئاً على أن يكون بيننا لا يصحّ؛ لأنَّ توكيلَ الغير ببيع ملكِ نفسه لا يجوز، وبعد الخلطِ تتحقُّق الوكالةُ، فصحَّت الشَّركة.

قال: (**وشركةُ**[1] **العِنان تَصِحُّ مع التَّفاضُل في المال**)، إلا أنَّها لا تَقْتَضي المَساواة، فيجوز أن يَشْتَرِكا في عُمُومِ التِّجاراتِ وفي خُصُوصِها وببعض مالِهِ؛ لأنّها تُنْبئ عن الحَبْس، يُقال: عَنَّ الرَّجل إذا حُبِسَ ، والعِنِّينُ مَحْبوسُ عن النِّساء، والعِنانُ يَحْبِسُ الدّابّةَ عن بَعضِ الإطلاق، فكأنَّ شَريكَ العِنانِ حَبَسَ بعضَ مالِه عن الشَّركة، أو حَبَسَ شريكَه عن بعض التِّجاراتِ في مالِهِ.

وتُعْتَبَرُ قيمةُ رأسِ المالين المُختلفين يوم الشَّركة؛ لأنَّه إنّما يَستَحِقُّ زيادةَ الرِّبحِ بالشَّرطِ يومَ الشَّركةِ، ويُعْتَبرُ قيمتُهما يومَ الشِّراءِ؛ لِيُعَرفَ مِقْدارَ مِلكهما

---

(١) الأصل: أنَّ الربحَ إنَّما يستحقُّ عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأنَّ الرّبحَ نماءُ رأس المال فيكون لمالكه، ولهذا استحقّ رَبُّ المال الربح في المضاربة، وأمّا بالعمل، فإنَّ المضاربَ يستحقُّ الرِّبحَ بعملِه فكذا الشَّريك، وأما بالضمان، فإنَّ المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحقّ جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان، فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له، والدليل عليه أنَّ صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أنَّ كلَّ واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، كما في البدائع ٦: ٦٢.

في المُشترئ؛ لأنَّ حَقَّهما ينتقل إلى المُشتري بالشِّراء، ويُعْتَبَرُ قيمتُهما يوم القِسمةِ أيضاً؛ لأنَّ عند القِسْمةِ يَظْهَرُ الرِّبح.

قال: (**وتَصِحُّ مع التَّفاضلِ في المالِ والتَّساوي في الرِّبح إذا عَمِلاً أو شَرَطا زيادةَ الرِّبح للعامل**).

وقال زُفر ﷺ: لا تَصِحُّ المساواة في المالِ والتَّفاوتُ في الرِّبح، ولا على العكس، ولا يجوز إلاَّ أن يكون الرِّبح على قدرِ رأسِ المال؛ لأَنَّه يُؤدِّي إلى ربحِ ما لم يَضْمَن كالمُفاوضة، ولأنّه لا يجوز اشتراطُ الوَضيعةِ هكذا، فكذا الرِّبح.

ولنا: قول عليٍّ ﷺ: «الرِّبحُ على ما اشترط المُتعاقدان، والوَضِيعة على المال»[1]، ولأنَّ الرِّبحَ كما يُستَحَقُّ بالمال يُسْتَحَقُّ بالعَمل كالمُضارب، فإنَّ أحدَهما قد يكون أَعْرَفُ بأُمور التِّجارات وأَهْدَى إلى البِياعات، فلا يَرْضَى بالمُساواةِ.

---

(١) فعن علي ﷺ في المضاربة: «الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٤٨، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٢٦٧.
وعن جابر بن زيد ﷺ: «الربح على ما اصطلحوا عليه، والوضيعة على المال، هذا في الشريكين فإن هذا بمائة، وهذا بمائتين» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٤٨.
وعن إبراهيم والشعبي في الشريكين قالا: «الشَّركةُ على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على المال» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٢٦٧.

(وإذا تَساويا في المال وشَرَطا التَّفاوت في الرِّبح والوَضيعة، فالرِّبح على ما شرطا والوَضيعةُ على قَدْر المالين)، قال ﷺ: «الرِّبحُ على ما شرطا، والوَضيعة على قدر المالين»(١)، من غَيْرِ فَصْل، ولأنّا جوَّزنا اشتراطَ زِيادة في الرِّبح بمقابلةِ العَمل تَقْديراً، أمَّا زيادةُ الوَضيعة فلا وجه لها، وصار كما إذا شَرَطا الوَضيعة على المُضارب، فإنَّه لا يصحُّ كذلك هنا.

قال: **(وتَنْعَقِدُ على الوَكالة)**؛ لما مَرَّ، **(ولا تَنْعَقِدُ على الكَفالة)**؛ لأنَّها إنّما ثَبَتَت في المُفاوضةِ قضيّة للمَساواة، ولا مُساواة هنا.

قال: **(ولا تَصِحُّ فيما لا تَصِحُّ الوَكالةُ به كالاحتطاب والاحتشاش)**؛ لأنَّ الوَكالةَ في ذلك باطلةٌ؛ لأنّها مُباحةٌ؛ لأنَّ الآخذَ يَمْلِكُه بدون التَّوكيل، فيكون فاعلاً لنفسِهِ.

ومن ذلك: اجتناءُ الثِّمار من الجَبال، والاصطيادُ، وحفرُ المعادن، وأخذُ الملح والجِصِّ والكُحْل وغيرها من المُباحات.

(وما جَمَعَه كلُّ واحدٍ منهما فهو له) دون صاحبِهِ؛ لأنَّه مُباحٌ سَبَقَت يدُه عليه، **(فإنَّ أَعانه الآخرُ فله أَجرُ مثلِه)** بالغاً ما بلغ؛ لأنَّ الشَّركةَ متى فَسَدَت صارت إجارةً فاسدةً.

---

(١) في الإخبار ٢: ٢٧٢: «قال المُخَرِجُون: لم نجده»، وقال الزيلعي في نصب الراية٣: ٤٧٧: «غريب جداً»، ولكن يشهد له الآثار السابقة، فمثلها ينبغي أن تأخذ حكم المرفوع.

ولو استأجره في ذلك بنصفِ المَجموعِ كان له أجرُ المِثل بالغاً ما بَلَغَ كذلك هنا.

وقال أبو يوسف ﷺ: له أَجرُ مثلِه لا يُجاوزُ به نصفَ الثَّمن تحقيقاً للفائدة، وهذه الشَّركةُ فاسدةٌ.

قال: (**وإن هَلَكَ المالان أو أحدُهما في شركةِ العِنان قبل الشِّراء بَطَلَتْ الشَّركة**).

أمَّا إذا هَلَكا؛ فلأنَّ المَعقودَ عليه المال وأنَّه يَتَعيَّن فيها: كالهِبةِ والوَصيّةِ، وقد هَلَكَ، فيَبْطُل العقدُ كالبَيْع.

وأمَّا إذا هَلَكَ أحدُهما؛ فلأنَّ الآخرَ ما رَضِي بشركةٍ في مالِهِ إلا لِيشْرَكه في ماله أيضاً، وقد فاتت الشَّركةُ في الهالكِ، فيَفوتُ الرِّضى، فيَبْطُلُ العَقْد.

قال: (**وإن اشترى أحدُهما بمالِهِ، ثمَّ هَلَكَ مالُ الآخر، فالمُشْتَرَى بينهما على ما شَرَطا**)؛ لانعقاد الشَّركةِ وقتَ الشِّراء، (**ويَرْجِعُ على صاحبِهِ بحصَّتِهِ من الثَّمَن**)؛ لأنَّه اشترىٰ له بالوَكالة، ونَقَدَ الثَّمن من مالِهِ، فَيَرْجِعُ عليه؛ لما مَرّ.

(**وإن هَلَكَ أحدُ المالين ثمَّ اشترَى أحدُهما، فالمُشتَرى لصاحبِ المالِ خاصّة**)؛ لأنَّ الوَكالةَ بَطَلَت بهلاك أحدِ المالين كما تقدَّم، فيكون مُشترياً لنفسِهِ خاصّة، وإن كانا نصّاً علىٰ الوَكالةِ في عَقْدِ الشَّركة كان المُشتَرَىٰ بينهما علىٰ ما شَرَطا، وتكون شَركةُ أَمْلاك؛ لأنَّ الشَّركةَ بطَلَت؛ لما بيَّنَّا.

والمشتَرَى بحُكمِ الوَكالةِ المُصرَّحِ بها لا بحُكم الشَّركة المَعقودة، فكانت شركةُ أَملاك، ويَرْجِعُ عليه بحصَّتِه من الثَّمن؛ لما مَرَّ.

قال: (**ولا يجوز أن يَشْتَرطا لأحدِهما دَراهمُ مُسمَّاة من الرِّبح**)؛ لأنّه قد لا يَرْبَح ما سَميا أو يربح ذلك لا غير، فتَبْطُل الشَّركة، فكان شَرْطاً مُبطلاً للشَّركة فلا يجوز.

قال: (**ولشَريك العِنان والمُفاوض أن يُوكِّلَ ويُبضعَ**[1] **ويُضاربَ ويُودع ويَستأجر على العَمل**)؛ لأنَّ كلَّ ذلك من أَفعالِ التُّجار، (**وهو أَمين في المال**)؛ لأنّه قَبَضَه من المالك بإذنه، وليس له أن يُشارك؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبع مثلَه.

فلو شارك المُفاوض عِناناً جاز عليهما؛ لأنّه دون المُفاوضة.

ولو فاوضَه جاز بإذن شَريكِهِ، فإنْ لم يأذن يَنْعَقِدُ عِناناً؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَسْتتبعُ مثلَه، فإذا أَجاز المُفاوضة كانت شركةً مُبْتَدأةً، وإلا فهي عِنان؛ لأنَّه لا بُدَّ له من الاستعانةِ بغيره، وهذا دونَه فيَجوز: كالمُضاربِ له أن يُوكِّلَ وليس له أن يُضاربَ.

قال: (**وشركة الصَّنائع**)، وتُسمَّى شركةُ التَّقبل، وهي (**أن يَشْتركَ صانِعان اتفقا في الصَّنعةِ أو اختلفا على أن يَتَقَبَّلا الأعمال، ويكون الكَسْب بينهما فيجوز**).

---

(١) أي يدفعه بضاعة: وهو أن يدفعَ المتاعَ إلى الغير؛ ليبيعه ويردّ ثمنه وربحه؛ لأنَّه معتادٌ في عقد الشركة، كما في اللباب١: ٢٨٢.

وقال زُفَر ﷺ: لا يجوز مع اختلافِ العَمل؛ لأنّ الشَّركةَ تُنبئ عن الخِلطة، ولا اختلاطَ مع الاختلاف.

ولنا: أنّها شركةٌ في ضمانِ العَملِ وفيما يُستفادُ به، وهو الأجرُ لا في نفسِ العَمل، والوَكالةُ فيه ممكنةٌ؛ لأنَّ ما يَتَقَبَّلُ كلُّ واحدٍ منهما من العَمل، فهو أَصيلٌ في نصفِهِ وكيلٌ في نصفِه، وبذلك تتحقَّقُ الشَّركةُ.

ولو استويا في العَمَلِ وتفاضلا في المالِ جاز أيضاً؛ لأنَّ الأُجرةَ بدلُ عملهما، وأنّهما يَتَفاوتان، فيكون أحدُهما أَجْودُ عَمَلاً وأَحْسنُ صناعةً فيجوز، والقياسُ أن لا يجوز؛ لأنّه يؤدِّي إلى ربح ما لم يَضْمَن؛ لأنَّ الضَّمان بقدر العَمَل، فالزِّيادةُ عليه زيادةُ ربح ما لم يَضْمَنْ.

قُلْنا: المأخوذ هنا ليس بربح؛ لأنّ الرِّبح يَقْتَضي المجانسة بينه وبين رأس المال، ولا مُجانسَة، لأنَّ رأسَ المال هو العَمَل، والرِّبحُ مالٌ، فكان بدل العمل على ما بَيَّنّا.

قال: (**وما يَتَقَبَّلُه أحدُهما يَلْزمُهما، فيُطالَبُ كلُّ واحدٍ منهما بالعَملِ ويُطالِب بالأَجْر**) استحساناً، والقِياسُ أنّه لا يَلْزَمُ شريكُه؛ لأنَّ ذلك مُقْتَضى المُفاوضة، والشَّركةُ هنا مُطلقة.

وجه الاستحسان: أنّ هذه الشَّركةَ تقتضي الضَّمان، حتى كان ما يتقبَّلُه كلُّ واحدٍ منهما مَضْموناً على الآخر، ويَسْتوجبُ الأَجرَ بما تَقَبَّلَه شريكُه، فكان كالمُفاوضةِ في ضَمانِ الأَعمالِ والمُطالبة بالأَبدال.

قال: (**وشَرِكةُ الوُجوهِ جائزةٌ**)، وتُسمَّى شركةُ المَفاليس، (**وهي أن يَشْتَرِكا على أن يَشْتريا بوجوههما ويَبيعا**)، سُميت بذلك؛ لأنَّ الشِّراءَ بالنَّسيئةِ إنَّما يكون لِمَن له وجاهةٌ عند النَّاس، والتَّعاملُ بذلك جائزٌ بين النَّاس من غير نكيرٍ.

قال: (**وتَنْعقدُ على الوَكالة**)؛ لأنَّ التَّصرُّفَ على الغيرِ إنَّما يجوز بوكالتِهِ إذ لا ولايةَ عليه، وهذا عند الإطلاق.

ولو شَرَطَ الكَفالةَ أيضاً جاز، وتكون مُفاوضةً؛ لأنّه يُمكن تحقيق ذلك، لكن عند الإطلاق يُصْرَفُ إلى العِنان؛ لأنَّه أدنى.

قال: (**وإن شَرَطا أنّ المشتَرَى بينهما، فالرِّبحُ كذلك، ولا تجوز الزِّيادةُ فيه**)؛ لأنَّ استحقاقَ الرِّبح بالضَّمان، والضَّمان يتبع الملك في المشتري، فيتقدَّر بقدرِه.

قال: (**وإن اشتركا ولأحدِهما بَغْلٌ وللآخرِ راويةٌ**[1] **يَستقي الماءَ لا يَصِحُّ، والكَسْبُ للعامل**)[2]؛ لأنَّ الماءَ مباحٌ، وأخذه لا يُستفادُ بالوَكالة[1]، وقد تقدَّم.

---

(١) الرَّاوِيَةُ: المَزَادَةُ من ثَلاثَةِ جُلُودٍ ة، ومنها رَاوِيَةً فيها مَاءٌ، وَأَصْلُهَا بَعِيرُ السِّقَاءِ؛ لِأَنَّه يَرْوِي الماء: أي يَحْمِلُهُ، كما في المغرب١: ٢٠٢.

(٢) لثبوت الملك في المباح بالأخذ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل

(وعليه أُجْرةُ بَغْل الآخر أو راوِيَتِهِ)؛ لأنّه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد، فيَلزمُه أُجرتُه.

قال: **(والرِّبحُ في الشَّركةِ الفاسدةِ على قَدْر المال، ويَبْطُلُ شَرْط الزِّيادة)**؛ لأنَّ الرِّبحَ تبعٌ لرأسِ المال، فيَتْبَعُهُ في الملكية، والزِّيادةُ إنّما تُستحقُّ بالشَّرطِ، وقد بَطَلَ.

قال: **(وإذا مات أحدُ الشَّريكين أو لحق بدار الحَرْب مُرْتداً بَطَلَتْ الشَّركة)**؛ لتضمنِها الوكالة، وهي تَبْطُلُ بذلك على ما مَرّ.

قال: **(وليس لأحدِ الشَّريكين أن يؤدِّي زكاةَ مالِ الآخر إلا بإذنِهِ)**؛ لأنّ ذلك ليس بداخلٍ في الشَّركةِ؛ لأنّه ليس من التِّجارة.

(فإن أَذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ فأَدَّيا معاً ضَمِن كلُّ واحدٍ منهما نصيبَ صاحبه، وإن أدَّيا مُتَعاقباً ضَمِن الثَّاني للأوّل عَلِم بأدائه أو لم يَعْلَم) عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

أحدهما وأعانه الآخر بأن حمله معه أو حرسه له فللمُعِين أجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما، وعند محمد رضي الله عنه بالغاً ما بلغ، كما في اللباب١: ٢٨٣.

(١) لأنَّ الشركةَ متضمنةٌ معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح باطل؛ لأنَّ أمرَ الموكّل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، كما في البحر الرائق٥: ١٩٧-١٩٨.

وعنه: إن لم يَعْلَمْ لا يَضْمَن، وهو قولُهما؛ لأنّه مأمورٌ بالدَّفع إلى الفقير، وقد فعل.

وله: أنّه مأمورٌ بالدَّفع إليه زكاة، والمدفوعُ لم يقع زكاة فكان مخالفاً، ولأنّه أمره بأداء يخرجه عن العُهْدة ولم يوجد، فكان مُخالفاً فيَضْمَنُ، والله أعلم.

* * *

كتاب المضاربة

وهي[1] مُفاعَلةٌ من الضَّرْبِ، وهو السَّيرُ في الأَرض، قال الله تعالى: {وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ}[النساء: ١٠١] الآية، وسُمِي هذا النَّوعُ من التَّصرُّفِ مُضاربةً؛ لأنَّ فائدتَه، وهو الرِّبحُ لا تَحْصَلُ غالباً إلا بالضَّرْبِ في الأَرض، وهي بلغةِ الحِجاز مُقارضةٌ، وإنَّما اخترنا المُضاربة لموافقتِهِ نصِّ القُرآن، وهو قوله تعالى: {وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللهِ}[المزمل: ٢٠]: أي يُسافرون للتِّجارة.

وهو عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بالآيةِ وبالسُّنة، وهو ما رُوِي أنّ العَبَّاس رضي الله عنه «كان يَدْفَعُ مالَه مُضاربةً، ويَشْترط على مُضاربِهِ أن لا يَسْلُكَ به بَحْراً، وأن لا يَنْزل وادياً، ولا يَشْتَري به ذات كَبْدٍ رَطْبةٍ، فإن فعل ذلك ضَمِن، فبَلَغَ ذلك رسول

---

(١) المضاربة اصطلاحاً: عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر، والمراد بالشركة الشركة في الربح، حتى لو شرطا فيها الربح لأحدهما لا تكون مضاربة، كما في التبيين٥: ٥٢.

الله ﷺ فاستحسنه وأجازه»[١]، وبُعث ﷺ والنَّاس يَتَعاملونه فأَقرَّهم عليه[٢]، وعن عُمَرَ ﵁: «أنّه دَفَعَ مال اليتيم مضاربة»[٣]، وعليه الإجماع.

ولأنَّ للنَّاس حاجةٌ إلى ذلك؛ لأنّ منهم الغَنِيَّ الغَبِيَّ عن التَّصرُّفات، والفَقير الذَّكيُّ العارفُ بأَنواع التِّجارات، فمَسَّت الحاجةُ إلى شرعيَّتِهِ تحصيلاً لمصلحتِها.

---

(١) فعن ابن عبّاس ﵄ قال: «كان العباس بن عبد المطلب ﵁ إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذا كبد رطبة، فإن فعله فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه» في سنن الدارقطني٣: ٧٨، والمعجم الأوسط١: ٢٣٢، وسنن البيهقي الكبير٦: ١١١.

وعن حكيم بن حزام ﵁: «أنَّه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال، قال: فإذا تعدى أمره ضمنه من فعل ذلك» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١١١

(٢) قال ابن حزم: كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشى القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنَّه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنَّه كان في عصره ﷺ، فعَلِمَ به وأقرَّه، ولولا ذلك لما جاز، كما في تلخيص الحبير٣: ٥٨.

(٣) فعن حميد بن عبيد، عن أبيه ﵁«أنَّ عمر ﵁ أعطاه مالاً مضاربة ليتيم» في آثار أبي يوسف٢: ٢٥٠.

وعن ابن مسعود ﵁: «أنَّه أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة» في آثار أبي يوسف٢: ٣٦٧.

وتَنْعَقِدُ بقولِهِ: دَفَعْتُ هذا المالَ إليك مُضاربةً، أو مُقارضةً، أو مُعاملةً، أو خُذ هذا المال واعمل فيه على أنَّ لك نصفَ الرِّبح أو ثلثَه، أو قال: خُذْ هذه الألف واعمل بها بالنِّصفِ أو بالثُّلثِ استحساناً؛ لأنَّ البَيْعَ والشِّراءَ صار مَذكوراً بذكر العَمل، والنِّصفُ متى ذُكِر عَقِيب البَيْع والشِّراء يُرادُ به النِّصفُ من الرِّبح عُرْفاً، وأنّه كالمَشروط.

ولو قال: خُذ هذا المالَ بالنِّصفِ كان مُضاربةً استحساناً عملاً بالعرف.

وشرائطُها خَمْسةٌ[1]:

أحدُها: أنّها لا تجوز إلا بالنَّقدين.

الثّاني: إعلامُ رأس المال عند العقدِ إمّا بالإشارةِ أو بالتَّسمية[2]، ويكون

---

(١) وذكروا شروطا أخرى، ومنها:

١. أهلية التوكيل والوكالة لرب المال والمضارب؛ لأنَّ المضارب يتصرف بأمر رب المال، وهذا معنى التوكيل.

٢. أن يكون رأسُ المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة، فلو كان لربِّ المال على رجل دين، فقال له: اعمل بديني الذي في ذمّتك مضاربة بالنصف، إنَّ المضاربة فاسدة بلا خلاف، ، كما في البدائع ٦: ٨١-٨٦.

(٢) فإن كان مجهولاً لا تصحّ المضاربة؛ لأنَّ جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحّة المضاربة، كما في البدائع ٦: ٨١.

مُسَلَّماً إلى المُضارِب[١].

الثّالثُ: أن يكون الرِّبحُ شائعاً بينهما[٢].

الرَّابعُ: إعلامُ قَدْر الرِّبح لكلِّ واحدٍ منهما.

الخامسُ: أن يكون المشروطُ للمُضارب من الرِّبح، حتى لو شَرَطَه من رأس المال أو منهما فَسَدَت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

---

(١) لأنَّه أمانة فلا يصحّ إلا بالتسليم، وهو التخلية كالوديعة، ولا يصحّ مع بقاء يد الدّافع على المال؛ لعدم التسليم مع بقاء يد، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة، لأنَّه فرَّق بينها وبين الشركة، فإنَّها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله، والفرق: أنَّ المضاربةَ انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين، وعلى العمل من الجانب الآخر، ولا يتحقَّقُ العَمَلُ إلا بعد خروجه من يد رب المال، فكان هذا شرطاً موافقاً مقتضى العقد، بخلاف الشركة؛ لأنَّها انعقدت على العمل من الجانبين، فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض مقتضى العقد، وكذا لو شرط في المضاربة عمل ربّ المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل؛ لأنَّ شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وأنَّه شرط فاسد، ولو سَلَّم رأس المال إلى ربّ المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز؛ لأنَّ الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده، كما في البدائع ٦: ٨٣.

(٢) أي لا تصحّ المضاربة إلا إذا كان الربح بينهما مشاعاً؛ لأنَّ الشركة تتحقّق به، حتى لو شرطا لأحدهما دراهم مسمّاة تبطل المضاربة؛ لأنَّه يؤدي إلى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمّى، كما في التبيين ٥: ٥٤.

قال: (**المُضاربُ شَريكُ رَبِّ المال في الرِّبح، ورأسُ ماله الضَّرْبُ في الأَرض**)؛ لأنّه لو لم يكن شريكُه في الرِّبح لا يكون مضاربةً على ما نُبيِّنُه إن شاء الله.

قال: (**فإذا سُلِّم رأسُ المال إليه، فهو أمانةٌ**)؛ لأنّه قَبَضَه بإذن المالك، (**فإذا تَصَرَّفَ فيه فهو وكيلٌ**)؛ لأنّه تصرَّفَ فيه بأمره، (**فإذا رَبِحَ صار شريكاً**)؛ لأنّه مَلَكَ جُزءاً من الرِّبح، (**فإن شُرِطَ الرِّبحَ للمُضارب فهو قرضٌ**)؛ لأنَّ كلَّ ربحٍ لا يُملك إلا بملكِ رأسِ المال، فلمّا شُرِطَ له جميع الرِّبح، فقد ملَّكه رأسُ المال، ثمّ قوله: «مضاربةً» شَرْطٌ لردِّه، فيكون قَرْضاً.

(**وإن شُرِطَ لرَبِّ المالُ، فهو بِضاعةٌ**)، هذا معناها عُرفاً وشَرعاً، (**وإذا فَسَدَت المُضاربةُ، فهي إجارةٌ فاسدةٌ**)؛ لأنّه عَمِل له بأَجر مجهول، فيستحقَّ أجرَ مِثْلِه؛ لما مَرّ.

(**وإذا خالفَ صار غاصباً**)؛ لأنّه تصرَّف في ملكِ الغير بغيرِ رضاه، فكان غاصباً، ولا تصحُّ إلا بما تصحُّ به الشَّركة.

قال: (**ولا تصحُّ إلا أن يكون الرِّبحُ بينهما مُشاعاً، فإن شُرِطَ لأحدِهما دراهمُ مُسمَّاة فَسَدَت**)؛ لما مَرَّ في الشَّركة.

وكذا كلُّ شَرْطٍ يُوجبُ الجَهالةَ في الرِّبح يُفسدُها؛ لاختلال المَقْصودِ.

(**والرِّبحُ لربِّ المال**)؛ لأنّ الرِّبحَ تَبَعٌ للمال؛ لأنه نماؤه.

(وللمُضارب أَجرُ مِثْلِه)؛ لأنّها فَسَدَت ولا يَتَجاوز به المُسمَّى عند أبي يوسف رضي الله عنه، وهو نَظيرُ ما مَرَّ في الشَّركةِ الفاسدةِ، وهكذا كلُّ مَوْضعٍ لا تَصِحُّ فيه المُضاربة.

وتجبُ الأُجرةُ وإن لم يَعْمَلْ؛ لأنّ الأَجيرَ يَسْتَحِقُّ الأُجرةَ بتسليمِ نفسِهِ وقد سَلَّمَ.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنه لا يَسْتَحِقُّ حتى يَرْبَحَ كالصَّحيحة، والمالُ أَمانةٌ كالصَّحيحةِ، أو لأنّه أَجير خاصٌّ.

قال: **(واشتراطُ الوَضيعةِ على المُضاربِ باطلٌ)**؛ لما رُوِي عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: «الرِّبحُ على ما اشترطوا عليه، والوَضِيعةُ على المال»[1]، ولأنّه تَصَرَّفَ فيه بأَمْرِه، فصار كالوَكيل.

قال: **(ولا بُدّ أن يكون المالُ مُسلَّماً إلى المُضارب)**؛ لأنّه لا يَقْدِرُ على العَمل إلا باليد، فيَجب أن تخلصَ يدُه فيه، وتَنْقَطِعُ عنه يدُ ربِّ المال.

قال: **(وللمُضاربِ أن يَبيعَ ويشتري بالنَّقدِ والنَّسيئةِ ويُوكِّلَ ويُسافرَ ويُبْضعَ)**، وأصلُه أنَّ المضاربَ مأمورٌ بالتِّجارة، فيَدْخلُ تحت الإذن كلُّ ما هو تجارة أو ما لا بُدّ للتِّجارة منه: كالبَيْع والشِّراء والباقي من أَعمالِ التِّجارة، وكذلك الإيداع، ولأنّها دون المُضاربة، فيَدْخل تحت الأَمْر.

---

(١) سبق تخريجه عن علي رضي الله عنه في المضاربة: «الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٤٨، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٢٦٧.

قال: (**ولا يُضارب إلا بإذن ربِّ المال، أو بقولِهِ: اعمل برأيك**)؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبعُ مِثْلَه لاستوائهما في القوَّة، فاحتاج إلى التَّنصيصِ أو مُطلَقِ التَّفويض، إلاّ أنّه ليس له الإقراضَ؛ لأن ّالإطلاقَ فيما هو من أُمور التِّجارة لا غَيْر.

قال: (**وليس له أن يَتَعدَّى البَلَدَ والسِّلْعةَ والمُعامِلَ الذي عَيَّنَه رَبُّ المال**)؛ لما رَوينا من حديث العَبَّاس ﷺ، وعن ابنِ مَسْعودٍ ﷺ أنّه دَفَعَ المال مُضاربةً، وقال: «لا تُسْلِفُ مالنا في الحَيوان»[1]، ولأنّها وكالةٌ، وفي التَّخصيصِ فائدةٌ فيَتَخصَّص.

ولو خالفه كان مُشترياً لنفسِهِ وربحُه له؛ لأنّه لمّا خالفَ صار غَصْباً فأَخَذَ حكمَ الغَصْب، ثمّ قيل: يَضْمَنُ بنفس الإخراج من البلدِ لوجود المُخالفة، وقيل: لا يَضْمَنُ ما لم يَشْتَرِ؛ لاحتمال عودِهِ إلى البلدِ قبل الشِّراء، فإذا عادَ زالَ الضَّمانُ وصارَ مُضاربةً على حالِهِ بالَعْقد الأوّل كالمودَع إذا

---

(١) أخرجه محمدُ بنُ الحَسَن في «الآثار» وأبو يوسف في «الآثار»، كما في الإخبار٢: ٢٧٥.

وعن إبراهيم: «أنّ ابنَ مسعود ﷺ أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة» في معرفة السنن٨: ٣٢٢.

وعن ابنِ مَسعود ﷺ، قال: «السَّلَفُ في كلِّ شيءٍ إلى أجل مُسَمَّى لا بأس به ما خلا الحيوان» في شرح معاني الآثار٤: ٦٣، والسنن الكبرى للبيهقي٦: ٣٧، ومصنف ابن أبي شيبة١١: ١٧٠.

خالفَ ثمّ عاد.

والمُضاربةُ نوعان: عامّةٌ وخاصّةٌ.

فالعامّةُ نوعان:

أحدُهما: أن يدفعَ المالَ إليه مُضاربةً ولم يَقُلْ له: اعمل برأيك، فيَمْلِكُ جميع التَّصرُّفات التي يَحتاج إليها في التِّجارة، ويدخل فيه: الرَّهنُ والارتهانُ والاستئجارُ والحَطُّ بالعَيبِ والاحتيال بمال المُضاربة، وكلُّ ما يَعْمَلُه التُّجار غير التَّبرُّعاتِ والمُضاربةِ والشَّركةِ والخَلْط والاستدانةِ على المُضاربة، وقد مَرَّ الوجُه فيه.

والثَّاني: أن يقول له: اعمل برأيك، فيَجوز له ما ذَكَرنا من التَّصرُّفات والمضاربةِ والشَّركة والخَلْطِ؛ لأنّ ذلك ممَّا يفعله التّجار، وليس له الإقراضُ والتَّبرُّعات؛ لأنّه ليس من التِّجارة، فلا يَتناولُه الأَمر.

والخاصّةُ ثلاثة أَنواع:

أحدُها: أن يخصَّه ببلدٍ فيقول: على أن تعملَ بالكوفة أو بالبَصرة.

والثَّاني: أن يخصَّه بشخصٍ بعينِه بأن يقول: على أن تبيعَ من فلانٍ وتَشْتري منه، فلا يجوز التَّصرُّف مع غَيرِه؛ لأنَّه قَيْدٌ مُفيدٌ لجواز وثوقِهِ به في المُعاملاتِ.

الثَّالث: أن يخصَّه بنوعٍ من أَنواعِ التِّجارات بأن يقولَ له: على أن تعملَ به مُضاربةً في البَزِّ أو في الطَّعامِ أو في الصَّرفِ ونحوِه.

وفي كلِّ ذلك يَتَقيَّدُ بأَمْرِه ولا يجوز له مُخالَفتُه؛ لأنَّه مُقيَّدٌ، وقد مَرَّ الوجه فيه.

ولو قال: على أن تعملَ بسوقِ الكوفةِ، فعَمِلَ في موضعٍ آخر منها جاز؛ لأنّ أماكن المَصر كلُّها سواءٌ في السَّفر والنَّقد والأَمن.

ولو قال: لا تَعْمَل إلاَّ في سوقٍ، فعَمِلَ في غيرِه ضَمِن؛ لأنّه صَرَّحَ بالنَّهي.

ولو دَفَعَ المال مُضاربةً في الكوفة على أن يَشتري من أَهلها، فاشترى من غيرِهم فيها جازَ؛ لأنَّ المقصودَ المكان عرفاً.

وكذلك لو دَفَعَه مُضاربةً في الصَّرْف على أن يَشتري من الصَّيارفة ويبيعُهم، فاشترى من غيرهم جازَ؛ لأنّ المرادَ النَّوعُ عرفاً.

قال: (**وإن وقّت لها وقتاً بَطَلَت بمضيه**)؛ لأنَّ التَّوقيتَ مقيَّدٌ، وهو وكيلٌ، فيتقيَّدُ بما وقَّته كالتَّقييد بالنَّوع والبَلد.

قال: (**وليس له أن يُزوِّج عَبداً ولا أَمةً من مالِ المُضاربةِ**)، وهو على الخلافِ الذي مَرَّ في المأذونِ.

قال: (**ولا يَشتري مَن يَعْتِقُ على ربِّ المال**)؛ لأنّه يَعْتِقُ عليه، فتَبْطُلُ المُضاربةُ، وهو إنّما وَكَلَّه بالتَّصرُّف في المال لا بإبطال العَقد، (**فإن فَعَلَ ضَمِنَه**)، معناه صار مُشترياً لنفسِهِ، فيَضْمَنُ الثَّمن كالوَكيل بالشَّراء إذا خالف.

قال: (**ولا مَن يَعْتَقُ عليه إن كان في المالِ ربحٌ**)؛ لأنّه يَملكُ نصيبَه، فيَعْتِقُ عليه، فَيَفْسُدُ الباقي، أو يَعْتِقُ فَيَمْتَنِعُ التَّصرُّف فيه(١)، فإن اشتراه كان مُشترياً لنفسِهِ فيَضْمَنُ الثَّمنَ؛ لأَنَّه أدّاه من مال الغَير.

قال: (**فإن لم يَكُن في المالِ رِبْحٌ فاشترى مَن يَعْتِقُ عليه صَحَّ البيعُ**)؛ لعدم المانع، (**فإن رَبِحَ عَتَق نصيبُهُ**)؛ لأَنّه مَلَكَ قَريبَه، ولا ضَمان عليه؛ لأنّه عَتَقَ بالرِّبح لا بصنعِهِ.

(**ويَسْعى العَبدُ في قيمةِ نصيبِ ربِّ المال**)؛ لأنَّ ماليَّتَه صارت محبوسةً عنده فيَسْعى: كالعبدِ الموروثِ إذا عَتَقَ على أحدِ الورثةِ يَسْعى في نصيبِ الباقين.

قال: (**فلو دَفَعَ إليه المالَ مُضاربةً، وقال: ما رَزَقَ اللهُ تعالى بيننا نِصفان وأَذِنَ له في الدَّفع مُضاربة، فدَفَعَ إلى آخر بالثُّلُثِ، فنُصِفُ الرِّبح لربِّ المال بالشَّرْطِ، والسُّدُسُ للأَوَّل، والثُّلُث للثَّاني**)؛ لأَنَّه لَمّا شَرَطَ ربُّ المال لنفسِهِ النِّصفَ بَقِيَ النِّصفُ للمُضاربِ، فلَمّا شَرَطَ الثُّلث للثَّاني انصرف تصرُّفُه إلى نصيبه، فيَبْقى له السُّدسُ، ويَطيب له كأَجير الخَيّاطِ.

---

(١) لأنَّه يعتق نصيب المضارب ويفسدُ بسببهِ نصيبُ ربِّ المال؛ لانتفاءِ جوازِ بيعِه؛ لكونهِ مستسعى لا يجوز بيعه، والمرادُ من الربح: أن يكون قيمةُ العبدِ المشترى أكثرَ من رأسِ المال، سواء كان في جملةِ رأسِ المال ربح أو لا؛ لأنَّه إذا كان قيمةُ العينِ مثلُ رأسِ المالِ أو أقلّ لا يظهرُ ملكُ المضاربِ فيه، بل يجعلُ مشغولاً برأسِ المال، كما في التبيين٥: ٦١.

(وإن دَفَعَ الأَوَّلُ إلى الثَّاني بالنِّصف فلا شيء له)؛ لأَنَّه جَعَلَ نصفَه للثَّاني، فلم يَبْقَ له شيءٌ، كمَن استأجره لخَيّاطةِ ثَوْبٍ بدرهمٍ فاستأجر غيرَه ليخيطَه بدرهم.

(وإن دَفَعَه على أنَّ للثَّاني الثُّلثين ضَمِن الأَوَّلُ للثَّاني قَدْرَ السُّدس من الرِّبح)؛ لأَنَّه ضَمِن الثَّاني ثُلُثي الرِّبح، وبعضُه وهو النِّصفُ ملكُه، وبعضُه وهو السُّدسُ ملك ربِّ المال فلا ينفذ؛ لأَنَّه إبطالُ ملك الغير، لكن التَّسمية صحيحةٌ؛

لكونها معلومةً في عقدِ يَمْلِكُه، وقد ضَمِنَ له السَّلامة، فيَلْزَمُه الوَفاء، وصارَ كمَن استأجرَ خَيّاطاً لخياطةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجر الخَيّاطُ غيرَه ليخيطَه بدرهمٍ ونصفٍ.

(ولو قال: ما رَزَقَكَ اللهُ فلي نِصْفُه، فما شَرَطَه للثَّاني فهو له) عَمَلاً بالشَّرط؛ لأَنَّه مَلَكَه من جهةِ ربِّ المال، **(والباقي بين ربِّ المال والمضارب الأَوَّل نِصفان)**؛ لأنّ رَبَّ المال جَعَلَ لنفسِهِ نصفَ ما رَزَقَه اللهُ، وإنّما رَزَقَه نصفَ الرِّبح، فيكون بينهما نِصْفان.

وكذلك إذا قال: ما رَبِحْتَ أو كَسَبْتَ أو رُزِقْتَ أو ما كان لك فيه من فَضلٍ أو ربحٍ فهو بيننا نِصفان، فإنّه يَنْطلق إلى ما بعد شَرَطَ للثَّاني؛ لما بَيَّنَّا.

(ولو قال: على أنّ ما رَزَقَ اللهُ بيننا نِصفان فَدَفَعَهُ إلى آخر بالنِّصفِ فَدَفَعَهُ الثَّاني إلى ثالثٍ بالثُّلُثِ، فالنُّصفُ لربِّ المال، وللثَّالث الثُّلُث، وللثَّاني

السُّدسُ، ولا شيء للأوَّل)؛ لأنَّه لَمّا شَرَطَ النِّصف للثَّاني وانصرف إلى نصيبِهِ؛ لما بيَّنّا، فلم يَبْقَ له شيءٌ، والباقي على ما شَرَطاه؛ لِما بَيّنّا.

وإذا لم يؤذن للمُضارب في الدَّفع مُضاربةً، فَدَفَعَهُ إلى غيره مُضاربة ضَمِنَ عند زُفر رضي الله عنه؛ لوجود المخالفة.

وقالا[1]: لا يَضْمَنُ ما لم يَعْمَلْ؛ لأنَّ الدَّفعَ لا يَتَقرَّر مُضاربةً إلا بالعَمل.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يَضْمَن ما لم يَرْبَح؛ لما بيّنّا في أوّل البابِ أنَّ الدَّفعَ قبل العَمَل أمانةٌ، وبعد العَمَلِ مُباضعةً، وهو يَمْلِكُ ذلك، فإذا رَبح صار شَريكاً في المال فَيَضْمَن، كما إذا خَلَطَ بمال آخر، ولا ضَمان على الثَّاني؛ لأنّ فعلَه يُضافُ إلى الأوَّل؛ لأنَّه هو الذي أَثْبَتَ له ولايةَ التَّصرُّف، فإن استهلكَه الثَّاني، فالضَّمانُ على الأوَّل خاصّة.

عندهما: يَضْمَنُ الثَّاني، وهو نظيرُ مودَع المودِع.

والأَشْهرُ[2] أن يُخيِّر ههنا فَيَضْمَنُ أَيُّهما شاء الأَوَّلُ؛ لما بيّنّا، والثَّاني لإبطالِهِ حقَّ ربِّ المال، فكان مُتَعدِّياً في حَقِّه.

---

(١) قال في الهداية: وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: إذا عمل به ضمن رَبِحَ أو لم يربح، وهو ظاهر الرواية، كما في التصحيح ص٢٧.

(٢) وهذا ما صرح به في خلاصة الدلائل، وقال في التصحيح ص٢٧: «والمشهور من المذهب: أنَّ رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعاً».

ولو كانت المُضاربةُ فاسدةً لا ضَمان عليه؛ لأنَّ الثَّاني أَجير فيه، وله أَجرُ مِثْلِه، فلا يكون شَريكاً.

ولو دَفَعَ المالَ إلى رَجلين مُضاربةً بالنَّصف، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يَقُل؛ فليس لأَحدِهما أن يَنْفَرِدَ؛ لأنَّ التِّجارةَ يحتاج فيها إلى الرَّأي، فإن عَمِلَ أحدُهما بنصفِ المال بغيرِ أَمر صاحبِهِ ضَمِن النِّصفَ، وإن عَمِلَ بأَمْر الآخر لم يَضْمَن؛ لأنّه كالوكيل عنه.

وما رَبِحَ نِصفُه لربِّ المال ونِصفُه بينهما نِصفان.

فصلٌ

ونفقةُ المُضارب في مالِ المُضاربةِ ما دام في سَفَرِه حتى يعودَ إلى مصرِهِ، وإن كان ما دون مدّةِ السَّفر إذا كان لا يبيت بأهلِهِ، وإن كان يَبيتُ فلا نَفَقةَ له.

وكذا لا نَفَقةَ له ما دام في مصرِه؛ لأنَّ النَّفقةَ جَزاءُ الاحتباس، فإذا كان في مصره لا يكون مُحْتَبساً في المضاربةِ، وفي السَّفر يكون مُحْتَبساً فيها، وإذا اتخذ مِصراً آخر داراً أو تَزَوَّجَ به، فهو كمِصْرِه.

ونفقتُه في الحاجةِ الدَّارّة: كالطَّعام والشَّراب والكِسوة وفِراش النَّوم ودابَّة الرُّكوب وعلفِها، ومَن يطبخ له، ويَغْسِلُ ثيابه، وأُجرةِ الحَمَّام، ودُهنِ السِّراج، والحطبِ، وتجب نفقةُ مِثْلِهِ بالمَعْروف، ونَفَقةُ غِلْمانِه ودَوَابِّهِ الذين يَعْملون معه في المال، وتُحتسبُ النُّفقةُ من الرِّبح، فإن لم يكن فمِن رأس المال.

ولو أَنْفقَ من مالِ نفسِهِ أو استدانَ لنفقتِهِ رَجَعَ في مال المضاربةِ.

ولو ضارب لرجلين فنَفَقتُه على قَدْر المالين.

ولو كان أحدُ المالين بِضاعةً فالجميعُ على المُضاربةِ؛ لأنَّ السَّفرَ واقعٌ لها.

ولو كانت المُضاربةُ فاسدةً لا نفقةَ للمُضاربِ؛ لأنّه أَجيرٌ، ونفقةُ الأَجيرِ على نفسِهِ.

قال: **(وتَبْطلُ المضاربةُ بموتِ المضاربِ وبموتِ ربِّ المال)**؛ لأنَّها وكالةٌ وأنّها تبطل بالموت؛ لما مَرّ.

قال: **(وبردّة ربِّ المال ولحاقِهِ مُرْتداً)**؛ لأنّه موتٌ حُكماً على ما عُرِف.

(ولا تَبْطل بردَّة المضارب)؛ لأنّ ملكَ رَبِّ المال باق، وعبارةُ المرتدِّ معتبرةٌ.

قال: **(ولا يَنْعزلُ بِعَزْلِهِ ما لم يَعْلَمْ)**: كالوكيل، **(فلو باع واشترى بعد العَزْلِ قبل العِلْم نَفَذَ)** ؛ لبقاء الوكالة، **(فإن عَلِمَ بالعَزْل والمال من جِنْس رأس المال لم يجز له أن يتصرَّفَ فيه)** [1]؛ لأنّه صار أَجنبيّاً بالعَزل، ولا ضرر عليه في ذلك.

---

(١) لأنَّه صفة المضاربة أنَّها عقد غير لازم، ولكلّ واحد منهما ـ أعني: ربّ المال والمضارب ـ الفسخ، لكن عند وجود شرطه، وهو علم صاحبه، ويشترط أيضاً أن

(وإن كان خلاف جنسِهِ، فله أن يبيعَه حتى يصيرَ من جنسِهِ)؛ لأنَّ له حقَّاً في الرِّبح، وهو إنَّما يظهر إذا عَلِم رأس المال، وإنَّما يعلم إذا نضَّ، وإنَّما يَنِضُّ بالبيع، فإذا نَضَّ لا يتصرَّف فيه.

وموتُ أحدِهما ولحاقِه بدار الحرب(1) كالعَزْل.

قال: **(وإذا افترقا وفي المال ديونٌ وليس فيه رِبْحٌ، وَكَّلَ ربَّ المالِ على اقتضائها)**؛ لأنّه وكيلٌ متبرعٌ بالعمل، فلا يلزمه الاقتضاء، إلا أنّه لّما كان عاقداً والحقوق ترجعُ إليه، فلا بُدَّ من وَكالتِه.

يكون رأسُ المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير، حتى لو نهى رَبُّ المال المضارب عن التصرّف، ورأس المال عروض وقت النهي، لم يصحّ نهيه وله أن يبيعَها؛ لأنَّه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير؛ ليظهر الربح، فكان النهي والفسخ إبطالاً لحقّه في التصرّف، فلا يملك ذلك، وإن كان رأسُ المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي، صحّ الفسخ والنهي، لكن له أن يصرفَ الدراهمَ إلى الدنانير، والدنانير إلى الدراهم؛ لأنَّ ذلك لا يعد بيعاً؛ لاتحادهما في الثمنية، كما في البدائع٦: ١٠٩.

(١) لأنَّ اللحوقَ بمنزلة الموت، وقبل لحوقه يتوقّف تصرّف مضاربه عند أبي حنيفة رضي الله عنه على النفاذ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل؛ لأنَّه يتصرَّفُ له، فصار كتصرّفه بنفسه، ولو كان المضارب هو المرتد، فالمضاربةُ على حالها عندهم؛ لأنَّ تصرفاته إنَّما توقفت لمكان توقفه في ملكه، ولا ملك له هنا في مال المضاربة؛ وله عبارة صحيحة، فلا يتوقّف في ملك رَبِّ المال، فبقيت المُضاربة على حالها، كما في التبيين٥: ٦٦-٦٧.

(وإن كان فيه ربحٌ أُجبرَ على اقتضائِها)؛ لأنّ الرِّبحَ بمنزلة الأُجرة، فكان أجيراً، فيجب عليه تمام العَمَل.

قال: **(وما هَلَكَ من مالِ المضاربة، فمن الرِّبح)**؛ لأنّه تبعٌ كالعَفو في باب الزَّكاة.

(فإن زاد فمن رأس المال)؛ لأنَّ المضاربَ أمينٌ فلا ضَمان عليه.

فإن اقتسما الرِّبح والمضاربةُ بحالها ثمّ هلك المال أو بعضه رجع في الرِّبح حتى يستوفي رأس المال[1]؛ لأنَّ الرِّبحَ فضلٌ على رأسِ المال، ولا يُعرَفُ الفضلُ إلاَّ بعد سلامةِ رأسِ المالِ، فلا يصحُّ قسمتُه، فينصرفُ الهلاكُ إليه؛ لما بيَّنَّا.

ويبتدأُ أوَّلاً برأسِ المال، ثمّ بالنَّفقةِ، ثمّ بالرِّبحِ، الأهمُّ فالأهمُّ.

ولو فَسَخَا المضاربة، ثم اقتسما الرِّبح، ثمّ عقدا المضاربة، فَهَلَكَ رأسُ المال لم يترادّا الرِّبح؛ لأنَّ هذه المُضاربة جديدة، والأُولَى قد انتهت، فانتهى حكمها[2].

---

(١) لأنَّه إذا هلك ما في يده تبيّن أنَّه ليس برأس مال، وأنَّ ما اقتسماه ليس بربح؛ إذ لا يتصوّر بقاء التبع بدون الأصل، فيضمن المضارب ما أخذه على أنَّه ربح؛ لأنَّه أخذه لنفسه حتى يتمّ به رأس المال، بخلاف ما بقي في يده، حيث لا يضمنه؛ لأنَّه لم يأخذه لنفسه، وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال، كما في التبيين٥: ٦٩.

(٢) أي لأنَّ المضاربة الأولى قد تمت وانفصلت، والثانية عقد جديد، فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول، كما إذا دَفَعَ إليه مالاً آخر، كما في الجوهرة١: ٢٩٧،

ولو مَرّ المُضاربُ على السُّلطان فأخذ منه شيئاً كُرهاً لا ضَمان عليه، وإن دَفَعَ إليه شيئاً؛ ليكف عنه ضَمِن؛ لأنه ليس من أُمور التِّجارة، وكذلك إذا أراد العاشرُ أن يأخذ منه العُشْر، فصالحه المُضارب بشيءٍ من المال، حتى كفَّ عنه ضَمِن، والله عز وجل أعلم.



ودرر الحكام٢: ٣١٦.

كتاب الوديعة

وهي مُشتقةٌ من الوَدَع، وهو التَّرك، يُقال: دَعْ هذا: أي اتْرُكْه، ومنه الموادعة في الحَرْب: أي أن يَتْرُكَ كلُّ واحدٍ من الفَريقين الحَرْب، وقال ﷺ: «لينتهينَّ قومٌ عن وَدَعهم الجماعات أو ليُخْتَمَنَّ على قلوبهم، ثمَّ ليُكْتَبُنَّ من الغافلين»[1]: أي تركهم الجماعات.

ومنه: الوَداع؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يتركُ صاحبَه ويُفارقُه.

أو هي مَن الحفظ، قال ﷺ في حديثِ وداعِ الُمسافر: «استودع الله دينَك وأمانتَك»[2]: أي استحفظَ الله: أي أَطْلُبُ منه حِفْظَهما، فكأنَّ الوَديعةَ تُتْرَكُ عند المودَع للحفظ، ولهذا لا يُودِعُ عادةً إلا عند مَن يُعْرَفُ بالأَمانةِ والدِّيانةِ.

---

(١) فعن ابن عمر، وأبي هريرة ﭬ، قال ﷺ: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات، أو ليختمن الله على قلوبهم، ثم ليكونن من الغافلين» في صحيح مسلم٢: ٥٩١.

(٢) فعن قزعة، قال: قال لي ابن عمر هلم ﭬ أودعك كما ودعني رسول الله ﷺ: «أستودع الله دينك وأمانتك وخواتيم عملك» في سنن أبي داود٣: ٣٤، وسنن الترمذي٥:٤٩٩، وقال: حسن صحيح.

وهو[١] عَقْدٌ مَشْروعٌ أَمانةً لا غرامةً، قال ﷺ: «ليس على المُسْتودِع غيرِ المُغِلِّ ضمانٌ، ولا على المستعير غيرِ المُغِلِّ ضَمانٌ»[٢]، ويجب حفظُها على المودَع إذا قبَّلها؛ لأنّه التزم الحِفظَ بالعَقد.

والوَديعةُ تارةً تكون بصريحِ الإيجابِ والقَبول، وتارةً بالدَّلالة:

فالصَّريح: قولُه: أَوْدَعْتُك، وقولُ الآخر: قَبِلتُ، ولا يَتِمُّ في حَقِّ الحِفْظِ إلا بذلك.

---

(١) الوديعة شرعاً: هي تسليطُ الغير على حفظ ماله.

وركنها: قول المودِع: أودعتك هذا المال، أو ما يقوم مقامه من الأقوال والأفعال، والقَبول من المودَع بالقول والفعل، أو بالفعل فقط.

وحكمها: وجوب الحفظ على المستودَع، ووجوب الأداء عند الطلب، وصيرورة المال أمانة في يده، كما في التبيين٥: ٧٦.

(٢) فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه، قال ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» في سنن الدارقطني٣: ٤٥٦، وضعَّفَه.

وعن شريح رضي الله عنه: «ليس على المستودَع غير المغل ضمان» في معرفة السنن١٠: ٤٩١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٩١، وصححه.

وعن الزهري رضي الله عنه قال: «ليس على المستودَع والمستعير ضمان إلا أن يتهم» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٩٩.

وعن القاسم بن عبد الرحمن رضي الله عنه: «إنَّ علياً وابن مسعود رضي الله عنهما قالا: ليس على مؤتمن ضمان» في سنن البيهقي الكبير٦: ٢٨٩.

ويَتِمُّ بالإيجابِ وحدَه في حَقِّ الأَمانة، حتى لو قال للغاصب: أودعتُك المغصوب بريء عن الضَّمان وإن لم يَقْبَل؛ لأنَّ صيرورةَ المال أمانةً حكمٌ يلزم صاحبَ المال لا غير، فيَثْبُتُ به وحدَه، فأمَّا وجوبُ الحِفْظِ فيَلْزَمُ المودَع، فلا بُدَّ من قَبوله.

والدَّلالةُ: إذا وَضَعَ عنده مَتاعاً ولم يَقُل شَيْئاً، أو قال: هذا وَديعةٌ عندك وسكت الآخرُ صار مودَعاً حتى لو غاب المالكُ، ثمّ غاب الآخر، فضاع ضَمِن؛ لأنَّه إيداعٌ وقَبولٌ عُرفاً.

قال: (**وهي أَمانةٌ إذا هَلَكَت من غير تَعَدٍّ لم يَضْمَنْ**)[1]؛ لأنَّه لو وَجَبَ الضَّمان لامتنع النَّاس من قَبولها، وفيه من الفَساد ما لا يخفى، ولما رَوينا من الحديث.

قال: (**وله أن يحفظَها بنفسِهِ ومَن في عِيالِهِ**[2] **وإن نَهاه**)؛ لأنَّه التزمَ أن يحفظَها بما يحفظ به مالَه، وذلك بالحِرْزِ واليد.

أمَّا الحِرْزُ: فَدارُه ومَنْزِلُه وحانوتُه، سواءٌ كان ملكاً له أو إجارةً أو إعارةً.

---

(١) لأنَّ المودَع متبرّع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل؛ ولأنَّ يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان، كما في التبيين٥: ٧٦.

(٢) العيال: أهل البيت، ومن يمونه الإنسان الواحد، والمراد بالعيال هاهنا: زوجة المودَع وولده ووالداه وأجيره، كما في المصباح ص٤٣٨، وكمال الدراية ق٥٧٢.

وأمَّا اليدُ: فيدُه وزوجتُه وزوجُها وأَمتُه وعبدُه وأَجيرُه الخاصّ وولدُه الكبير إن كان في عِيالِهِ على ما مَرَّ في الرَّهن، ولأنَّ المُودَعَ رَضِيَ بذلك؛ لأنّه يَعْلَمُ أنّ المودَع لا بُدّ له من الخُروجِ لِمعاشِهِ وأداءِ فَرائضه، ولا يُمكنُه استصحاب الوَديعة معه، فيَتْرَكَها في مَنْزله عند مَن في عِيالِهِ، فلم يكن له بُدّ من ذلك.

ولهذا لا يَصِحُّ نهيُهُ لو قال: لا تَدْفَعْها إلى شخصٍ عيَّنَه من عِياله ممَّن لا بُدَّ له منه، فإن لم يكن له عِيال سِواه لم يَضْمَن، وإن كان له سِواه يَضْمَن؛ لأنَّ من العِيالِ مَن لا يؤتمنُ على المال.

قال: (**وليس له أن يحفظَها بغيرهم**)[1]؛ لأنَّه ما رَضِي بحفظِ غيرهم، فإنَّ النَّاسَ يَتَفاوتون في الأَمانات، وصار كالوَكيلِ والمُضاربِ ليس له أن يُوكلَ ولا يُضاربَ؛ لما تقدَّمَ أنَّ الشَّيءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثْلَه.

قال: (**إلا أن يَخافَ الحَريقَ فَيْسَلِّمُها إلى جاره، أو الغَرَق فَيْلقيها إلى سَفِينةٍ أُخرى**)؛ لأنَّ الحِفْظَ تَعَيَّنَ بذلك، لكن لا يُصَدَّقُ عليه إلاَّ ببِيِّنةٍ؛ لأنّه يَدَّعي سبباً لإسقاطِ الضَّمان، فيحتاج إلى بَيِّنةٍ[1].

---

(١) وعن محمد رضي الله عنه: المودَع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أُمنائه ممّن يثق به في ماله، وليس في عياله لا يضمن، وفي النهاية: وعليه الفتوى، ثم قال: وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال، كما في مجمع الأنهر١: ٣٣٩.

قال: (**فإن خَلَطَها بغيرها حتى لا تتميَّزَ ضَمِنَها**) عند أبي حنيفة ﵁، ثمَّ لا سَبيل للمُودِع عليها.

والخَلْطُ على وجوهٍ:

أحدُها: الجِنْسُ بالجِنْسِ كالحِنْطةِ بالحِنْطة، والشَّعير بالشَّعير، والدَّراهمُ البِيضُ بالبِيضِ، والسُّود بالسُّود.

والثَّاني: خَلْطُ الجِنْس بغيرِه: كالحِنْطةِ بالشَّعير، والخَلِّ بالزَّيتِ ونحوهما.

والثَّالثُ: خَلْطُ المائعِ بجنسِهِ.

فعند أبي حنيفة ﵁: هو استهلاكٌ في الوُجوه كلِّها فيَضْمَنُها ويَنْقَطِعُ حَقُّ المودِع عنها.

وعندهما[٢]: كذلك في الوَجه الثّاني؛ لأنّه استهلاكٌ صُورةً ومعنى، والأَوَّلُ عندهما إن شاء شاركَه فيها، وإن شاء ضَمَّنَه؛ لأَنَّه إن تَعَذَّرَ أَخذُ عين حقِّه لم يَتَعَذَّرْ المعنى، فكان استهلاكاً من وجهٍ دون وجهٍ، فيَخْتار أَيّهما شاء.

---

(١) قال في «المنتقى»: هذا إذا لم يكن الحريق عاماً مشهوراً عند الناس، حتى لو كان مشهوراً لا يحتاج إلى البينة، كما في اللباب١: ٣٤٧.

(٢) وظاهر «الهداية» ترجيح قولهما بتأخير دليلهما، كما في اللباب١: ٣٤٨.

وأَمّا الثَّالثُ: فعند أبي يوسف رضي الله عنه **يَجْعَلُ الأقلَّ تَبَعاً للأكثر اعتباراً للغالب**، وعند مُحَمَّد رضي الله عنه هو شِرْكةٌ بينهما بكلِّ حال؛ لأنَّ الجِنْسَ لا يغلبُ الجِنْسَ عنده على ما عُرِف من أصلِهِ في الرِّضاع.

وخَلْطُ الدَّراهم بالدَّراهم، والدَّنانيرِ بالدَّنانيرِ إذابةٌ من الوجهِ الثَّالثِ؛ لأنّه يَصيرُ مائعاً بالإذابة.

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه استهلاكٌ من كلِّ وجهٍ؛ لتَعَذُّر وصولِهِ إلى عَيْنِ حقِّهِ، والقِسْمةُ مُتَرتبةٌ على الشَّركة، فلا تكون موجبةً لها، فلو أبرأ المودِعِ الخالطَ برئ أَصلاً، وعندهما: يَبْرأُ من الضَّمان، فتتعيَّنُ الشَّركةُ في المَخلوطِ.

(**وكذا إن أَنْفَقَ بعضَها، ثمَّ رَدَّ عِوَضَه وخَلَطَه بالباقي**)، فهو استهلاكٌ على الوَجهِ الذي بيَّنّا.

قال: (**ولو اختلطَ بغيرِ صُنْعِهِ فهو شَريكٌ**) بالاتفاق؛ لأنّه لا صَنْعَ له فيه، فلا ضَمان عليه، فتتعيَّن الشَّركة.

قال: (**ولو تَعَدَّى فيها بالرُّكوب أو اللُّبْس أو الاستخدام أو أَوْدَعها، ثمّ زال التَّعدِّي لم يَضْمَن**)؛ لزوال المُوجبِ للضَّمان، ويدِ الأَمانةِ باقيةٌ بإطلاق الأَمر الأوّل؛ لأنّه لم يَرْتَفِعْ من جهةِ صاحبِ الحقّ، لكن ارْتَفَعَ حكمُه لوجودِ ما يُنافيه، ثمّ زال المُنافي، فعادَ حُكْم الأَمر الأوّل.

(**ولو أَوْدَعها فَهلَكت عند الثَّاني، فالضَّمان على الأَوَّل**) خاصّة.

وقالا: يُضَمِّنُ أيُّهما شاء؛ لأنَّ الأوَّل خالفَ؛ لما بيَّنّا، والثَّاني تعدَّىٰ حيث قبضَ ملكَ غيره بغير أَمْره، فإن ضَمَّنَ الأوَّلَ لا يَرْجِعُ علىٰ الثَّاني؛ لأنّه ملكَه بالضَّمان مُستنداً، فيكون مودِعاً ملكَه، وإن ضَمَّنَ الثَّاني رجَعَ علىٰ الأوَّل؛ لأنّه إنّما لحقه ذلك بسببِهِ.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ التَّفريطَ إنّما جَرَىٰ من الأَوّل؛ لأنّ مُجُرَّدَ الدَّفع لا يُوجب الضَّمان، حتىٰ لو هَلَكَت والأَوَّل حاضِرٌ لا يَضْمَنُ، فإذا غابَ الأَوَّلُ فقد تركَ الحِفْظَ فيَضْمَنُ والثَّاني لم يَتْرُكْ.

قال: (**فإن طَلَبَها صاحبُها فجَحَدَها، ثمّ عادَ اعترف ضَمِن**)؛ لأنَّ بالطَّلبِ ارتفع عَقْدُ الوَديعةِ، فصار غاصِباً بعده، وبالاعترافِ بعد ذلك لم يوجد الرَّدُّ إلىٰ نائبِ المالك، بخلافِ مَسألة المُخالفةِ ثمّ المُوافَقة؛ لأنّ يَدَ الوَديعة لم تَرْتَفِعْ، فوُجِدَ الرَّدُّ إلىٰ يدِ النَّائب.

ولو جَحَدَها عند غير المالك لم يَضْمَنْ، وقال زُفر ﵁: يَضْمَنْ؛ لأنّه جَحَدَ الوَديعة.

ولنا: أنّه من بابِ الحفظ؛ لما فيه من قَطْعِ الأَطْماع عنها، ولأنّه رُبَّما يَخافُ عليها ممَّن جَحَدَها عنده، وهذا المعنىٰ مَعْدومٌ إذا جَحَدَها عند المالك.

فإن جَحَدَها ثمّ جاءَ بها، فقال له صاحبُها: دَعْها وَديعةٌ عندك فَهَلَكَت، فإن أَمْكنَه أَخذُها فلم يأخذْها لم يَضْمَنْ؛ لأنّه إيداعٌ جديدٌ، كأنّه أَخَذَها ثمّ أَوْدَعَها، وإن لم يُمْكِنْه أَخْذُها ضَمِنَ؛ لأنَّه لم يَتِمَّ الرَّدّ.

قال: (**وللمُودَع أن يُسافرَ بالوَديعةِ وإن كان لها حِمْلٌ ومُؤونةٌ ما لم يَنْهَهُ إذا كان الطَّريقُ آمناً**)؛ لإطلاق الأَمر، والغالبُ السَّلامةُ إذا كان الطَّريقُ آمناً، ولهذا يملكُه الوَصيُّ والأَبُ، بخلافِ الرُّكوبِ في البَحر؛ لأنّ الغالبَ فيه العَطَب.

وقالا: ليس له ذلك إذا كان له حِمْلٌ ومؤونةٌ؛ لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ الرِّضا؛ لما يلزمُهُ من مُؤونة الحِمْل.

قُلْنا: يَلْزَمُه ذلك ضَرورة امتثال أَمْره، فلا اعتبار به سِيَّما إذا كان من أَهْل العَمُود، ولا بُدَّ له من رحلةِ الشِّتاءِ والصَّيفِ.

قال: (**ولو أَوْدَعا عند رَجلٍ مَكِيلاً أو مَوْزوناً، ثمّ حَضَرَ أحدُهما يَطْلُبُ نَصِيبَه لم يؤمرْ بالدَّفع إليه ما لم يَحْضُر الآخرُ**).

وقالا: يَدْفَعُ إليه نَصيبَه؛ لأنّه سَلَّمَه إليه، فيُؤمرُ بالدَّفع إليه عند الطَّلب؛ لأنّه ملكُه حتىٰ كان له أخذُه كالدَّين المُشْترك.

وله: أنَّ نصيبَه في المُشاعِ ولا يُمكن دفعُه إليه؛ لأنَّ الدَّفعَ يَقَعُ في المُعيَّن، وهو غيرُ المُشاع، وإذا لم يُمكن دَفْعُهُ إليه، كيفَ يُؤمر به، وولايةُ الأَخذِ لا تَقْتَضي جوازَ الدَّفع، ألا تَرىٰ أنّ المَدْيونَ لو كان له وديعةٌ عند رَجلٍ من جِنْسِ الدَّين، فلربِّ الدَّين أخذُها، ولا يجوز للمُودَع الدَّفعُ إليه.

وأمّا الدَّينُ المُشتركُ؛ فلأنّه يؤدِّيه المَديون من مالِ نفسِهِ؛ لما عُرِف.

ولا اعتبارَ بضرر الحاضر؛ لأنّه لحقَهُ بصنعِهِ حيث أَوْدَعَه مُشاعاً.

وغيرُ المَكيل والمَوزون لا يُدْفَعُ إليه نصيبِه بالإجماع.

وذَكَرَ مُحمّدٌ ﵁ الخلافَ مُطلقاً، والأَوَّلُ أَصحُّ؛ لأنَّه لو كان في يدِ أَحدِهما وغابَ، فليسَ للحاضر أَخْذُ نصيبِهِ، فمن المودَع أَوْلى.

قال: (**فإن قال المودَع: أَمَرتني أن أَدْفعَها إلى فلانٍ، وكَذَّبه المالكُ ضَمِن، إلاّ أن يقيمَ البيِّنَةَ على ذلك، أو يَنْكُلُ المالكُ عن اليمين**)؛ لأنَّهما تَصادقا على الدَّفع وتجاحدا في الإذن، فيَضْمَن بالدَّفع إلاَّ بحُجّةٍ.

قال: (**ولو أَوْدَعَ عند رَجلين شَيئاً ممَّا يُقْسَمُ، اقتسمناه وحَفِظَ كلٌّ منهما نصفَه، وإن كان لا يُقْسَمُ حَفِظَه أحدُهما بأَمْر الآخر**).

وقالا: لأحدِهما أن يحفظَه بأَمر الآخر في المَسألتين؛ لأنَّه رضي بأَمانتهما، فكان لأحدِهما أن يُسلِّمَها إلى الآخرِ كالمَسألةِ الثَّانية.

وله: أنّ الدَّافعَ أَوْدَعَ نِصْفَه بغيرِ أَمْرِ المودَع فيَضْمَنُه، وهذا لأَنَّه إنّما رضي بأمانتهما، فكان رضى بأمانةِ كلِّ واحدٍ منهما في النِّصف؛ لأنَّ إضافةَ الفِعْل إليهما تقتضي التَّبعيض كالتَّمليكات، إلا أنَّا جَوَّزناه فيما لا يُقْسَمُ ضرورةَ عدم التَّجزي، وعدم إمكان اجتماعهما عليها، ولأنّه لَمّا لم يُمكن قِسْمَتُها، ولا الاجتماع عليها دائماً، كان راضياً بذلك دلالةً.

وعلى هذا الوَكيلان والوَصيان والمُرْتهنان والعَدْلان في الرَّهن والمستبضعان.

قال: (**ولو قال: احفَظْها في هذا البيتِ، فحفظها في بيتٍ آخر في الدَّار لم يَضْمَنْ**)؛ لعدمِ تَفاوُتِهما في الحِرْز، إلا أن تكون داراً كبيرةً مُتباعدةَ الأَطراف، والبيتُ الذي نَهاه عنه عَوْرةً، فإنّه يَضْمَنُ؛ لأنّه مُفيدٌ.

قال: (**ولو خالفه في الدَّار ضَمِن**)؛ لأنّ الدُّورَ تختلفُ في الحِرْزِ، فكان مُفيداً.

قال: (**ولو رَدَّ الوَديعةَ إلى دارِ مالكها ولم يُسَلِّمْها إليه ضَمِن**)؛ لأنَّ المالكَ ما رضي بدفعها إلى داره، ولا إلى مَن في عِيالِه ظاهراً؛ إذ لو رضي بهم لَمَا أَوْدَعَها.

ولو وَضَعَ الثِّياب في الحَمَّام ولم يَقُلْ شيئاً ودَخَلَ الحَمَّامَ يُنْظَر إن كان في الحَمَّام ثِيابيٌّ يحفظُ الثِّياب، فالضَّمان عليه دون الحَمَّاميِّ؛ لأنّه استودَعَه دلالةً، وإن لم يكن ضَمِنَ الحَمَّاميُّ.

ولو قال للحَمَّاميِّ: أين أضعُ الثِّيابَ فأشارَ إلى مَكانٍ يَضْمَنُ الحَمَّاميُّ دون الثِّيابيّ؛ لأنَّ الحَمّاميَّ صار مُودَعاً.

ولو وَضَعَ الثِّياب بمحضر من الحَمَّاميِّ، فخرج آخر ولَبِسَها، والحَمَّاميُّ لا يَدْري أنَّها ثيابُه أم لا، ضَمِن الحَمَّاميُّ.

وإن نام الحَمّاميُّ فُسِرقَتْ الثِّياب إن نام قاعداً لم يَضْمَنْ؛ لأنّه لم يَتْرُكْ الحِفْظ، وإن نامَ مُضْطَجِعاً ضَمِنَ.

والخانُ كالحَمّام، والدّابّةُ كالثِّياب، والخانيُّ كالحَمّاميِّ.

قام واحدٌ من أهل المَجلس وتَرَكَ كتابه أو متاعَه، فالباقون مودَعون، حتى لو تركوه فَهَلَك ضَمِنوا، فإن قام واحدٌ بعد واحدٍ، فالضَّمان على آخرهم؛ لأنّه تعيَّن حافظاً.

* * *

كتابُ اللَّقيط

وهو فَعِيل من اللَّقْطِ والالتقاط، بمعنى مَفْعول[1]، ومعناه: العَثُور على الشَّيءِ مُصادفةً من غيرِ طَلَبٍ ولا قَصْد، قال الرَّاجِزُ[2] يَصِفُ ماء آجِنّاً:

وَمَنْهَلٌ وَرَدْتُه التِقاطا[3]   أَخْضَرَ مِثْلَ الزَّيتِ لَمَّا شاطا

---

(١) وهو الملقوط، وهو المُلقى، أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط، وهو المأَخوذ والمرفوع عادةً؛ لما أنَّه يؤخذ فيرفع، وأما في العرف فنقول: هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى، أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة، فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة؛ لأنَّه يلقط عادة، أي: يؤخذ ويرفع، كما في البدائع٦: ١٩٧.
وشرعاً: ما يلتقط، وهو اسم لحي موجود يطرحه أهله خوفاً عن العيلة أو فراراً عن تهمة الزنية، مضيِّعه آثم ومحرزه غانم؛ لما في إحرازه منإحياء النفس، وتمامه في المستصفى ق١٨٣/ ب-١٨٤/ أ.

(٢) نسبه صاحب اللسان٧: ٣٩٤، لنقادة الأسدي، ويقال: نقادة بْن عَبْد اللَّهِ، صحابي، وهو معدودٌ في أهل الحجاز، سَكَنَ البادية، روى عنه زيد بن أسلم، وابنه سعد بن نقادة، كما في الاستيعاب في معرفة الأصحاب٤: ١٥٣١.

(٣) تتمت البيت الأول: لم ألق إذ وردته فراطاً، كما في اللسان٧: ٣٩٢.

أي: وَرَدْتُه من غيرِ طَلَبٍ ولا قَصْدٍ، شاطَ الزَّيْتُ إذا نَضَجَ حتى احترَقَ، وكذلك اللَّقيطُ يوجد من غيرِ طَلَبٍ.

والتقاطُ صِغار بني آدم مَفروضٌ إن عَلِم أنَّه يهلكُ إن لم يأخذه، بأن كان في مَفازةٍ أو بئر أو مَسْبَعةٍ[1] دفعاً للهلاك عنه، فإن غَلَبَ على ظنِّه عدمُ الهلاك بأن كان في مصرٍ أو قَرْيةٍ فأخذُه مندوبٌ[2]؛ لما فيه من السَّعي في إحياءِ نفسٍ مُحْتَرمةٍ، قال الله تبارك وتعالى: {وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا} [المائدة: ٣٢]، وعن عليٍّ رضي الله عنه أنّه قال للمُلْتَقِط: «لأن أكون وليتُ منه مثل ما وليتَ أنت كان أَحبَّ إليّ من كذا وكذا»[3].

قال: (**وهو حرٌّ**) تِبْعاً للدَّار، ولأنَّ الأَصلَ في بني آدم الحُريّة.

(**ونفقتُهُ**[4] **في بيتِ المال**)؛ لما رُوِي عن سُنين أبي جَميلة قال: «وجدت

والشطره الثاني من البيت الثاني ذكر أصفر بدل اخضر، وصدر البيت: أوردته قلائصاً أعلاطا، كما في اللسان٧: ٣٣٨.

(١) كثيرة السباع، كما في اللسان٨: ١٤٨.

(٢) وهذا كرفعَ اللُّقطةِ: وهي مال الغيرِ الذي وجد ضائعاً مندوب، وفرضٌ عند خوفِ ضياعها، وهذا إذا أمن على نفسه، وإلا فالتّركُ أولى، كما في منح الغفّار ق٤٣٤/ أ.

(٣) بيض له ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٢٧٨.

(٤) المرادُ بنفقته: كلُّ ما يحتاجُ إليه من الطّعام والكسوة والسُّكنى والدّواء وغير ذلك حتى المهر إذا زوّجه السّلطان، كما في البحر٥: ١٥٥-١٥٦، وإنَّما كان في بيتِ المال؛

مَنْبوذاً على بابي: أي لقيطاً، فأَتيت عُمرَ بنَ الخَطاب رضي الله عنه، فقال لي: عسى الغُوَيْرُ أَبْؤُسا[1]، نفقتُه علينا، وهو حُرٌّ»[2]، وهذا مثل يُقال عند التُّهمة، قال

لأنَّ اللَّقيطَ مسلمٌ عاجزٌ عن التّكسُّب، ولا مالَ له ولا قرابة، فأشبه المقعدَ الذي لا مالَ له، وقد ثبتَ في مصنّف عبد الرزاق ٧: ٤٥٠، ٩: ١٤: عن عليّ رضي الله عنه: «أنّه أنفقَ على اللّقيطِ من بيتِ المال»، وكذا روي في الموطّأ٢: ٧٣٨، ومسند الشَّافِعيّ١: ٢٢٥ وغيرها عن عمرَ رضي الله عنه، وذكرَ في تنويرِ الأبصار ص١١٧ وغيره: أنَّ هذا إذا لم يكنْ له مالٌ وقرابة، فإن كان له مالٌ أو قرابةٌ فنفقتُهُ في ماله أو قرابته، كما في العمدة٢: ٣٨٥.

(١) الغوير تصغير غار، والأبؤس جمع بؤس، وهو الشدة، وهو مثل يضرب لكل من دخل في أمر لا يعرف عاقبته، وأصله أنه كان أناس في غار فأتاهم عدو فقتلهم فيه، ومعنى تمثيل عمر رضي الله عنه به أنه اتهمه أن يكون اللقيط ولده، فأتى به ووضعه ليأخذه على هيئة اللقيط؛ ليفرض له عطاء من بيت المال، كما في تعليق البغا على البخاري٣: ١٧٦.

(٢) قال أبو جميلة: «وجدت منبوذا فلما رآني عمر رضي الله عنه، قال: عسى الغوير أبؤسا، كأنّه يتهمني، قال عريفي: إنه رجل صالح، قال: كذاك اذهب وعلينا نفقته» في صحيح البخاري٣: ١٧٦ معلقاً.

وعن سنين أبي جميلة ـ رجل من بني سليم ـ أنَّه وجد منبوذاً في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: فجئت إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين، إنَّه رجل صالح، فقال عمر: كذلك؟ قال: نعم، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته» في موطأ مالك ٤: ١٠٦٨، وشرح مشكل الآثار ٧: ٣١٠، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٣٢، وغيرها.

ابنُ الأعرابي: إنّما عَرَّضَ عُمرُ بالرَّجل: أي لعلَّك صاحبُ اللَّقيط، يُريدُ أنَّك زَنَيْتَ بأُمِّه وادَّعيتَه، فشَهِدَ له جماعةٌ بالخير فتركه.

قال: (**وميراثُه لبيتِ المال، وجِنايتُه عليه، ودِيتُه له وولاؤه**)؛ ليكون الغُرْمُ بالغُنْم.

ولو قُتِل عَمْداً فإن شاء الإمامُ اقتصَّ، وإن شاء صالح على الدِّية.

وقال أبو يوسف ﷺ: تجب الدِّيةُ في مال القاتل لا غير؛ لاحتمال الوَلِيِّ، وهو الظَّاهر إلا أنه غائبٌ، ولا يُقْتَصُّ دونه.

ولهما: قوله ﷺ: «السُّلْطانُ ولي مَن لا وليّ له»[1]؛ لأنَّ الوليَّ الذي لا يُعرفُ، ولا ينتفع برأيه كالعدمِ، فلا اعتبارَ به.

وليس له أن يعفوَ بالإجماع؛ لأنَّ فيه إبطالَ حَقِّ جماعةِ المسلمين.

ويُحدُّ قاذفُ اللَّقيط، ولا يُحدُّ قاذفُ أُمِّه؛ لأنَّ في حجرِها وَلَداً لا يُعرفُ أبوه، فكانت تُهمةُ الزِّنا قائمةً كالمُلاعنة.

---

(١) فعن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل ـ ثلاث مرات ـ، فإن دخل بها، فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا، فالسَّلطان ولي مَن لا ولي له» في سنن أبي داود٢: ٢٢٩، وسنن الترمذي٣: ٣٩٩، وصحيح ابن حبان٩ :٣٨٤.

قال: (**والمُلْتَقِطُ أَوْلى به من غيره**)؛ لسَبْقِ يدِه عليه كالمُباحات، فإن سأل القاضي أن يقبلَه إن شاء قبلَه وإن شاء لا؛ لاحتمال أنّه وَلَدُه، فَيُنْفَقُ عليه من بيتِ المال.

وكذلك إن عَلِمَ أنّه لَقيطٌ؛ لأنّه التزم حِفظَه وتَرْبِيَتَه، فإن دفعَه المُلتقطُ إلى آخر ليس له أن يَسْتردَّه؛ لأنّه رَضِي بإبطال حَقِّه.

قال: (**وهو مُتَبرْعٌ في الإنفاق عليه**)؛ لعدم الولاية، (**إلا أنّ يَأذن له القاضي بشَرْط الرُّجوع**)؛ لعُمومِ ولايتِه، فإن أَذِن له ولم يَشْترط الرُّجوع، ذكرَ الطَّحاويُّ: أنّه يَرْجِعُ عليه بعد البُلُوغ؛ لأنّه قَضَى حَقّاً عليه، واجباً بأَمر القاضي، فصار كقضاءِ دينِهِ بأَمره.

والأَصحُّ أنّه لا يَرْجِعَ؛ لأنّه أمره بقضاءِ حقٍّ واجبٍ بغيرِ عِوَضٍ؛ تَرْغيباً له في إتمامِ ما شَرَعَ فيه من التَّبرُّع، فصار كما إذا قال له: أدِّ عنّي زَكاةَ مالي، فإنّه لا يَرْجِعُ، إلا بالشَّرطِ، بخلافِ الدَّين؛ لأنَّه وَجَبَ عليه بعِوَضٍ.

ولو لم يأذن له القاضي، لكن صَدَّقه اللَّقيطُ بعد بُلُوغِهِ، فله الرُّجوع عليه(١)؛ لأنّه اعترف بحقِّه.

---

(١) أي إذا بلغ اللقيط وصدق الملتقط فيما ادعى من الإنفاق عليه رجع عليه بذلك، وإن كذبه كان القول قول اللقيط، وعلى الملتقط البينة، كأنه يدعي ديناً لنفسه على اللقيط، وهو ينكر، كما في المحيط٩: ٣٨٤.

قال: (**ومَن ادّعى أنّه ابنُه ثَبَتَ نَسَبُه منه**)؛ لما فيه من نفعِ الصَّغير؛ لأنَّ النَّاس يتشرَّفون بالأنساب ويُعيَّرون بعدمِها، وإذا ثَبَتَ نسبُه ترتَّب عليه أخذُه، فتَبْطُلُ يدُ المُلتقط.

(**وإن ادَّعاه اثنان مَعاً ثَبَتَ منهما**)؛ لعدم الأَولويّة، (**إلاّ أن يذكر أحدُهما علامةً في جسدِه**)[1]، فيكون أولى بشهادةِ الظَّاهر أو لسَبْق في الدَّعوى؛ لأنّه ثَبَتَ نسبُه منه في زمانٍ لا يُنازعُه فيه غيره، إلا إذا أقام الآخر البيِّنة؛ لأنّها أَقوى.

قال: (**والحرُّ المسلمُ أولى من العَبْدِ والذِّمي**)، ومعناه إذا ادَّعى نسبَه حرٌّ وعبدٌ، أو مسلمٌ وذميٌّ، فالحرُّ أولى من العَبْد، والمسلمُ أولى من الذِّميّ؛ لأنَّ ذلك أَنفعُ له.

(**وإن ادّعاه عبدٌ فهو ابنه**)؛ لأنَّ ثبوتَ النَّسب أنفعُ له، (**وهو حُرٌّ**)؛ لما تقدَّم، ولا يلزم من رقِّ أبيه أن يكون رقيقاً؛ لأنّ العبدَ يتزوَّج الحُرَّة.

(**وإن ادَّعاه ذِميٌّ فهو ابنُه**)؛ لما مرّ، (**وهو مُسْلمٌ**)؛ لأنَّ الإسلامَ ثَبَتَ له بالدَّار، وإبطالُه إضرارٌ به، وليس من ضرورةِ كونِ الأب كافراً كفرُ الولد؛ لاحتمال إسلام الأُم.

---

(١) لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ له؛ لموافقة العلامة كلامه، ولو سبقت دعوة أحدهما، فهو ابنه؛ لأَنَّه ثبت في زمان لا منازع له فيه، إلا إذا أقام الآخر البيّنة؛ لأنَّ البيّنة أقوى، كما في الهداية٦: ١١٣.

قال: (**إلا أن يَلْتَقِطَه من بِيعةٍ أو كَنيسةٍ أو قَريةٍ من قُراهم فيكون ذِمياً**)؛ لأنّ الظَّاهر أنَّ أولادَ المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذِّمّة، فكذلك بالعكس، ففي ظاهر الرِّواية: أنّه اعتبر المكان دون الواجد: كاللَّقيطِ إذا وَجَدَه مسلمٌ في دار الحرب.

وروى أبو سُليمان[1] عن محمّد ﷺ: أنّه اعتبر الواجد دون المكان؛ لأنَّ اليد أقوى.

وفي رواية: اعتبر الإسلام نظراً للصَّغير[2].

---

(١) وهو موسى بن سليمان الجُوزَجانيّ، أبو سليمان، أخذ الفقه عن محمّد، من مؤلفاته: «السير الصغير»، و«كتاب الصلاة»، و«كتاب الرهن»، توفي بعد المئتين ينظر: الجواهر٣: ٥١٨-٥١٩، والفوائد ص٣٥٤.

(٢) المسألة في الحاصل على أربعة أوجه:
أحدها: أن يجده مسلمٌ في مكان المسلمين: كالمسجد ونحوه، فيكون محكوماً له بالإسلام.
والثاني: أن يجده كافرٌ في مكان أهل الكفر: كالبيعة والكنيسة، فيكون محكوماً له بالكفر لا يصلّىٰ عليه إذا مات.
والثالث: أن يجدَه كافرٌ في مكان المسلمين.
والرابع: أن يجدَه مسلمٌ في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية. ففي كتاب اللقيط يقول: العبرةُ للمكان في الفصلين جميعاً. وفي رواية ابن سماعة عن محمد ﷺ: أنَّ العبرة للواجد بالفصلين جميعاً مبسوط، كما في العناية٦: ١١٤.

قال: (**ومَن ادَّعى أنَّه عبدُه لم يُقْبل إلاَّ ببيّنة**) عَمَلاً بالأَصل، وإقرارُه بالرِّقِّ قبل البلوغ لا يُقْبَلُ، وبعد البُلوغ إن أُجري عليه أحكامُ الأَحرار من قَبول شهادتِهِ وحَدِّ قاذفه لم يصحّ، وقَبْلَ ذلك يصحّ.

ولو التقطه مسلمٌ فادَّعى نَصْرانيٌّ أنّه ابنُه فهو ابنُه، وهو مسلمٌ؛ لما تَقَدَّم.

وإن كان عليه زيُّ النَّصارى كالصَّليب والزِّنار فهو نَصْرانيٌّ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَه وَلَدٌ على فراشِه، ولا اعتبار بالمكان.

قال: (**وإذا كان على اللَّقيطِ مالٌ مَشدودٌ فهو له**) عملاً بالظَّاهر، (**ويُنفق عليه منه بأَمر القاضي**)؛ لعمومِ ولايتِه ويُصدَّق عليه في نفقةِ مثلِه.

وقيل: لا يحتاج إلى أَمرِ القاضي؛ لأنَّ المالَ له، فيُنْفَقُ عليه منه، وله ولايةُ ذلك، فيَشْتَري له ما يحتاج إليه من الكِسْوة والطَّعام وغيرهما.

قال: (**ويَقْبَلُ له الهِبة**)؛ لأنّه نَفْعٌ محض، (**ويُسَلِّمُه في صِناعةٍ**)؛ لأنه من بابِ التَّثقيفِ، وفيه منفعتُهُ، (**ولا يُزوِّجُه**)؛ لأنّه لا وَلاية له عليه، وولايةُ التَّزويج والبَيْع والشِّراء للسُّلطان؛ لعموم ولايتِهِ، فإن زَوَّجه السُّلطان ولا مال له، فالمهرُ من بيتِ المال.

وفي «النَّوادر»: إذا أَمر المُلْتقط بخِتان الصَّبيِّ فهَلَك ضَمِن؛ لأنّه ليس له هذه الولاية.

قال: (**ولا يُؤاجرُه**)، وهو الأصحُّ[1]؛ لأنّه لا يَمْلِكُ إتلافَ منافعِه كالعَمّ، بخلاف الأُمّ؛ لأنّها تَمْلِكُ ذلك، ولهذا كان لها إجارتُه لنفقتِها واستخدامِه.

* * *

---

(١) قال صاحب الهداية٦: ١١٧: «في الجامع الصغير: لا يجوز أن يؤاجره، ذكره في الكراهية، وهو الأصح؛ لأنَّه لا يملك إتلاف منافعِهِ فأَشبه العَمّ، بخلاف الأم، هذا وفي رواية القدوريّ: يؤاجره؛ لأنَّه يرجع إلى تثقيفِه»؛ لأنَّها تملك إتلاف منافعه، فإنَّها تملك استخدام ولدها وإجارته، كما في العناية٦: ١١٧.

كتابُ اللُّقَطة

وهي كاللقيطِ في الاشتقاقِ والمعنى، وهي بِضَمِّ اللام وفتح القاف: اسم للمال المَلْقُوط، وقال بعضُهم: هي اسم المُلْتَقط كالضُّحَكَة والهُمَزة، فأَمّا المالُ المَلْقُوط، فهو بسُكون القاف، والأَوَّل أَصحُّ.

قال: (**وأَخذُها أفضلُ**)؛ لئلا تصل إليها يدٌ خائنةٌ، (**وإن خاف ضياعَها فواجبٌ**) صيانةً لحقِّ النَّاسِ عن الضَّياع.

وإن كان يَخافُ على نفسِهِ الطَّمَعَ فيها وتَرَكَ التَّعريفَ والرَّدَّ، فالتَّرْكُ أَوْلى صيانةً له عن الوقوعِ في المُحَرَّم.

واللُّقَطةُ[1]: ما يوجد مَطروحاً على الأَرضِ ما سِوى الحَيوان من الأموالِ لا حافظ له.

والضَّالةُ: الدَّابَّةُ تَضِلُّ الطَّريقَ إلى مَرْبطِها

---

(١) اللقطة: وهو عبارةٌ عن مالٍ يوجد ضائعاً لا يعرفُ مالكه، وليس له بمباح، كما في البحر٥: ١٦١.

وأخذُها أفضلُ؛ لأنّ الغالبَ في زَماننا الضَّياع، فإن أخذَها وأَشْهَدَ وعَرَّفها ثمّ رَدَّها إلى موضِعها لم يَضْمَنْ، وذكر الحاكم في «مختصره»: أو ردَّها بعدما حَوَّلها ضَمِن؛ لأنّ بالتَّحويل التزم الحِفْظَ، فالبِرَّدِّ صارَ مُضَيِّعاً، ولا كذلك قَبْلَ التَّحويل.

قال: (**وهي أَمانةٌ إذا أَشْهدَ أنّه يأخذها ليردَّها على صاحبِها**)، وهو أن يُشْهِدَ عند الأخذِ أنّه يأخذُها للرَّدِّ، أو يقول: مَن سَمعتموه يُنْشدُ لُقْطةً فَدُلُّوه عليَّ، (**فإن لم يَشْهَدْ ضَمِنها**)، خلافاً لأبي يوسف ﵁ إذا ادَّعى أنَّه أَخَذَها للرَّدِّ؛ لأنَّ الظَّاهرَ من حالهِ الحُسْبةِ لا المَعْصيةِ.

ولهما: أنّ الأصلَ أنّ كلَّ مُتَصرِّفٍ عاقلٍ إنّما يَتَصَرَّفُ لنفسِه، وقد اعَترف بالأَخْذِ الذي هو سَبَبُ الضَّمان، ثمَّ ادَّعى ما يُبرئه، فلا يُصَدَّقُ إلاّ ببيِّنةٍ.

وإن قال: أخذتُه لنفسي ضَمِن بالإجماعِ بإقرارِه، وإن تَصادقا أنّه أَخذها ليردَّها لم يَضْمَنْ بالإجماع؛ لأنَّ تَصادقُهما كالبَيِّنةِ.

قال: (**ويُعرِّفُها مُدَّةً يَغْلِبُ على ظنِّه أنّ صاحبَها لا يَطلبَها بعد ذلك**)، هو المُختار[1]؛ لأنّ ذلك يختلف بقلَّة المالِ وكثرتِه.

---

(١) وقيل: الصحيح أنَّ شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم، ويفوّض إلى رأي المُلتَقِط، يُعرّفها إلى أن يغلب على ظنه أنَّ صاحبَها لا يطلبها بعد ذلك، ثم يتصدق به..الخ، قال الشارح: وهذا اختاره شمسُ الأئمة، قال ابنُ قطلوبغا في التصحيح ص٣٠٤-٣٠٥:

وعن أبي حنيفة ﵁: إنَّ كانت أقلَّ من عشرةِ دراهم عرَّفها أيَّاماً، وإن كانت عشرةً فصاعداً عرَّفها حَولاً.

وعن مُحمَّد ﵁: التَّقديرُ بالحول من غير فَصْل؛ لقوله ﷺ: «مَن التقطَ شَيئاً فَلْيُعَرِّفُه حَوْلاً»(١) من غيرِ فصل.

وجه الأوَّل: ما رُوِي عن أُبيّ بن كَعْب ﵁ قال: «وجدت مئة دينار على عهد رسول الله ﷺ فسألته عنها، فقال: عرفها حولاً»(١)، والعَشرةُ وما

«قال في «الينابيع»: وعليه الفتوى، وقال في «الجواهر»: والأصح أنَّ التقدير غير لازم، والصَّحيح أنَّ التَّقدير في مدة التعريف غير لازم بل مفوض إلى رأي الملتقط، وقال الإمام المحبوبي: وعُرِّفَت مدّةً لا تطلب بعدها في الصَّحيح، وفي المضمرات: وعليه الفتوى»، وفي الجوهرة١: ٣٥٦: «وعليه الفتوى»، وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحول في القليل والكثير، كما ذكره الإسبيجابيُّ، كذا في البحر٥: ١٦٤، قال ابن عابدين في رد المحتار٣: ٣٢٠: «والمتون على قول السَّرَخْسي، والظَّاهر أنَّه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير».

(١) فعن أبي هريرة ﵁، قال ﷺ وسئل عن اللقطة، فقال: «لا تحل اللقطة، من التقط شيئاً فليعرفه سنةً، فإن جاءه صاحبها فليردها إليه، وإن لم يأت صاحبها فليتصدق بها، وإن جاءه فليخيره بين الآخر وبين الذي له» في سنن الدارقطني٥: ٣٢٢.

وعن زيد بن خالد ﵁، قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: اعرف عفاصها ووكاءها، ثمّ عرّفها سنة، فإن جاء صاحبُها وإلا فشأنك بها» في صحيح البخاري٢: ٨٣٦.

فَوْقها في مَعناها من حيث وجوب القَطْع في سَرقةٍ واستباحةِ الفَرجِ بها، ولا كذلك ما دونها.

ورَوَى الحَسَنُ عن أبي حنيفة ﵁: إن كانت مئتي درهم فما فوقها يُعرِّفُها حَوْلاً، وفوق العَشرة إلى مئةٍ درهم شهراً، وفي العَشْرةِ جمعةً، وفي ثلاثةِ دراهمٍ ثلاثةَ أيّام، وفي درهمٍ يوماً، وإن كانت تَمْرةً ونحوَها تَصدَّقَ بها مكانها، وإن كان مُحتاجاً أَكلَها مكانها، قَدَّرَ لكلِّ لقطةٍ على قَدْرَها، فكأنّه والأوَّل سواءٌ.

والتَّعريفُ: أن يُنادى في الأَسواق والشَّوارع والمَساجد: مَن ضاع له شيءٌ فليطلب عندي.

قال: (**فإن جاء صاحبُها وإلا تَصَدَّق بها إن شاء**) إيصالاً للحقِّ إلى مستحقِّه بقدر الإمكان؛ لأنَّ الواجبَ إيصالُه إلى مالكه صورةً ومعنى، فإذا تعذَّرت الصُّورة يُوصله إليه معنى، وهو الثَّواب.

---

(١) فعن سويد بن غفلة، قال: «لقيت أبي بن كعب ﵁، فقال: «أخذت صرة مائة دينار، فأتيت النبي ﷺ، فقال: عرفها حولاً، فعرفتها حولاً، فلم أجد مَن يعرفها، ثم أتيته، فقال: عرفها حولاً، فعرفتها، فلم أجد، ثم أتيته ثلاثاً، فقال: احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها، فاستمتعت، فلقيته بعد بمكة، فقال: لا أدري ثلاثة أحوال، أو حولاً واحداً» في صحيح البخاري٣٣: ١٢٤، وصحيح مسلم: ١٣٥٠.

(وإن شاء أَمْسكها)؛ لاحتمال مجيء صاحبها، **(فإن جاء وأَمضى الصَّدقة فله ثوابُه)**؛ لأنّه مالُه، **(وإلا له أن يُضَمِنَه أو يُضَمِنَ المِسكين أو يَأخذها إن كانت باقيةً)**.

أمّا تضمينه؛ فلأنّه سَلَّم مالَه إلى غيره بغيره أَمْره، وإذن الشَّرع في ذلك لا يَمْنعُ الضَّمان كأكل مال الغير حال المَخْمصة.

وأمّا تضمين المِسكين؛ فلأنّه قبض مالَه بغير أمره.

وأمّا أخذُها؛ فلأنّه وجدَ عين ماله.

قال: **(وأيُّهما ضَمِن لا يَرْجِعُ على أحدٍ)**.

أمّا المُلْتَقِطُ؛ فلأنَّه ملكَها من وقتِ التَّصدقِ بالضَّمان، فَظَهَرَ أنّه تَصَدَّقَ بماله.

وأمَّا الفَقيرُ؛ فلأنَّه عَوَّضَ ما وَصَلَ إليه.

قال: **(ولا يَتَصَدَّقُ بها على غَنِيٍّ)**؛ لقوله ﷺ: «فإن لم يأت صاحبُها فليتصدق بها»[1]، ....

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا تحل اللقطة، مَن التقط شيئاً فليعرّفه سنة، فإن جاءه صاحبها فليردها إليه، وإن لم يأت صاحبها فليتصدق بها، وإن جاءه فليخيره بين الأجر وبين الذي له» في سنن الدَّارقطني٤: ١٨٢، والمعجم الصغير١: ٦٢، والمعجم الأوسط٢: ٣٥٣، وضَعَّفه ابنُ حجر في الدراية٢: ١٤٠، ولكن له شواهد أخرى، كما في مسند أحمد٤: ١٧٣، وينظر: نصب الراية٣: ٤٦٦.

والصَّدقةُ لا تكون على الغَنِيِّ[١] كالواجبات.

قال: (**وَيَنْتفعُ بها إن كان فَقيراً**): كغيره من الفُقراء، ويُعطيها أهلَه إن كانوا فُقراء[٢]؛ لما مرّ.

قال: (**وإن كانت شيئاً لا يَبْقَى**): كاللَّحْمِ واللَّبَن والفَواكه الرَّطبة ونحوها، (**عَرَّفه إلى أن يخاف فسادَه**)، ثمّ يَتَصَدَّقُ به خَوْفاً من الفَساد، وفيه نظر لصاحبِها بالثَّواب دُنيا وأُخرىٰ.

(**ويُعرِّفها في مكانِ الالتقاط ومَجامع النَّاس**)، فهو أَجدرُ أن يصلَ صاحبها، وسأل رجلٌ عليّاً رضي الله عنه فقال: «اذهب حيث وجدتها، فإن وجدت صاحبها، فادفعها إليه، وإلا فتصدَّق بها، فإن جاء صاحبُها فخيّره بين الأجر والقيمة»[٣].

وعن عياض بن حمار رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «مَن التقط لقطة فليشهد ذا عدل، أو قال: ذوي عدل، ثم لا يكتم ولا يغير، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلاّ فمال الله عز وجل يؤتيه مَن يشاء» في مشكل الآثار٧: ١٥٦، ومعرفة السنن١٠: ٢٩٥، ومسند الطيالسي١: ١٤٦.

(١) فعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، قال: «لا تحلّ الصدقة لغني» في سنن الترمذي٣: ٤٢، وسنن أبي داود١: ٥١٤، وسنن النسائي الكبرىٰ٢: ٥٤.

(٢) الحاصل أنَّ أقارب الملتقط وأصوله وفروعه وزوجته كالأجنبي؛ لأنَّ الجواز للفقر وهو موجود في الكل، كما في البحر٥: ١٧١.

(٣) بيض له ابن قطلوبغا في الإخبار ٢: ٢٨٢.

قال: (**وإن كانت حَقيرةً كالنَّوَى وقُشُورِ الرُّمَّانِ يَنْتَفِعُ به من غير تَعْريف**)؛ لأنّ رميها إباحةً للأخذِ دلالةً.

قال: (**وللمالكِ أَخْذُه**)؛ لأنَّ الإباحةَ لا تُسْقِطُ الملكَ عن العين خصوصاً لغير معيِّن، وإن كان كثيراً لم يجز للمُلْتَقِطِ الانتفاعُ به.

قال: (**والسُّنْبُلُ بعد الحَصاد إذا جَمَعَه فهو له خاصّة**) بدلالةِ الحال، وعليه جميعُ النَّاس في جميع البلادِ.

قال أبو يوسف رضي الله عنه: مَن أَلْقَى شاةً ميتةً، فجاء آخر فأخذَ صوفَها وجلدَها ودبغَه، فهو له، فإن جاء صاحبُها، فله أخذُ الصُّوف والجِلْد، وعليه ما زاد الدِّباغُ كالغاصب.

غريبٌ ماتَ في دارِ رجلٍ ليس له وارثٌ معروفٌ، وخَلَّفَ مالاً، وصاحبُ المَنْزل فَقيرٌ، فله الانتفاعُ به بمَنْزلةِ اللُّقَطةِ.

قال: (**ويجوزُ التقاطُ الإبل والبَقر والغَنم وسائر الحَيواناتِ**)؛ لأنّه مالٌ يُتَوَهَمُ ضَياعُه، فيُسْتَحَبُّ أخذُه ليردَّه على صاحبِهِ صيانةً لأموال النَّاس، وما رُوِي أنّه صلى الله عليه وسلم: «سئل عن ضالةِ الإبل، فقال: ما لك ولها، عليها حِذاؤها، ومعها سِقاؤها، تَرِدُ الماءَ وترعى الشَّجر، وسُئِل صلى الله عليه وسلم عن ضالةِ الغنم فقال: هي لك أو لأخيك أو للذئب»[1].

---

(١) فعن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه: «إنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم سأله رجل عن اللقطة، فقال: اعرف وكاءها، أو قال: وعاءها وعفاصها، ثم عرّفها سنةً، ثم استمتع بها، فإن جاء ربّها فأدّها

فجوابُهُ: أنّ ذلك كان في زَمن النَّبيّ ﷺ حين كان الخَوف من الافتراس لا من أخذ النّاس، أمّا اليوم كَثُرَ الفَسادُ والخِيانةُ وقَلَّت الأَديان والأمانة، فكان أخذُه أَوْلى.

قال: (**وهو مُتبرِّعٌ فيما أَنْفق عليها**)؛ لعدم ولايتِهِ على مالكِها إلا أن يأذن له القاضي، فيكون دَيناً على صاحِبِها؛ لعُموم ولايتِه، وفي ذلك نَظَرٌ للمالكِ.

قال: (**فإن كان لها منفعةٌ آجرها بإذن الحاكمِ وأَنْفَقَ عليها**)؛ لأنَّ فيه بقاء الملك على مالكِهِ من غيرِ أن يلزمَه دينٌ، فكذلك حكمُ الآبق.

(**وإن لم يكن لها منفعةٌ باعَها إن كان أَصلح**)، وإن كان الأَصلحُ الإنفاق عليها أَمَرَ بذلك، وجعلَها دَيْناً على مالِكِها؛ لأنَّ ولايتَه نظريّة.

وللقاضي أن يَأمرَه بالنَّفقةِ عليها يومين وثلاثةً، رَجاءَ مجيء صاحبِها، وبعد ذلك يَبيعُها؛ لئلا تَسْتأصلُها النَّفقةُ، فلا نَظَرَ حينئذٍ في حَقِّه.

قال: (**فإن جاء صاحبُها، فله حبسُها حتى يعطيَه النَّفقةَ**)؛ لأنّه استفادَ المُلك من جهتِهِ؛ لأنّه صار هالكاً معنى، وقد أحياه بنفقتِهِ، فصار كالبائع، (**فإن امتنعَ بيعت في النَّفقة**): كالرَّهن؛ لأنَّ أمرَ القاضي كأَمْرِهِ، فصار كأنَّه أنفقَ عليها وحَبَسَها بأَمْرِهِ.

إليه، قال: فضالة الإبل؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه، أو قال: احمر وجهه، فقال: وما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها تَرِدُ الماء وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها، قال: فضالة الغنم؟ قال: لك أو لأخيك أو للذئب» في صحيح البخاري ١: ٤٦.

(فإن هَلَكَت بعد الحَبْس سَقَطَتْ النَّفَقةُ): كالرَّهن، **(وقَبْلَ الحَبْس لا)**؛ لأنَّها أمانةٌ.

قال: **(وليس في رَدِّ اللُّقَطة والضَّالةِ والصَّبيّ الحرِّ شيءٌ واجبٌ)**؛ لأنّه مُتبرِّعٌ في الرَّدِّ فإن أَعطاه المالكُ شيئاً فَحَسَنٌ، بخلافِ الآبق؛ لأنَّ جعلَه واجبٌ نَصّاً لا قياساً.

وعن الكَرخيِّ رضي الله عنه في اللُّقَطة: إذا قال: «مَن وجدَها فله كذا» فله أَجر مثله؛ لأنّها إجارة فاسدة.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لو ضاعَتْ اللُّقَطة فوجدَها آخر لا يكون الأَوَّلُ خَصْماً فيها؛ لأنّها سواءٌ في الالتقاط، وليس كالمُسْتودع؛ لأنَّ حفظَ الوَديعةِ عليه، فله أَخذُها.

قال: **(ومَن ادَّعى اللُّقَطة يحتاج إلى البيِّنة)**؛ لأنّها دعوى، **(فإن أَعْطَى علامتَها جاز له أن يدفعَها إليه، ولا يُجبر)**؛ لجواز أنّه عَرَّفَها من صاحبها أو رآها عنده، ولأنَّ حقَّ اليدِ كالملك، فلا تُسْتَحَقُّ إلا ببيِّنةٍ كالملك، إلا أنّه يجوز له الدَّفعُ عند العلامة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «فإن جاء صاحبُها، فعَرَفَ عِفاصَها ووِكاءَها[1] ....

---

(١) العِفاص: الوعاء فيه النفقة جلداً، أو خرقة، وغلاف القارورة والجلد يغطى به رأسها. والوكِاء: رباط القربة وغيرها، وقد وكأها وأوكأها وعليها، وكلُّ ما شُدّ رأسه من وعاء ونحوه وكاءً، كذا في «القاموس»، وظاهر مفهوم الشرط أنه لو لم يبين علامتها

فادفعها إليه»[1]، فحَمَلناه على الإباحةِ جمعاً بينه وبين الحديث المشهور: «البيِّنةُ على المدَّعي»[2].

ولو صَدَّقَه ودفعَها إليه بغير قَضاء، ثمّ جاءَ آخر وأَقامَ البيِّنةَ، فله أن يُضَمِّنَ أيّهما شاء، ولا يرجعُ القابضُ على الدَّافع، وإن دفعَها بقَضاءٍ، فهو مَجْبورٌ، فيَرْجِعُ على القابض لا غير.

قال: (**ولُقْطةُ الحِلّ والحَرَمِ سواءٌ**)؛ لقوله ﷺ: «اعرف عِفاصها ووكاءها ثم عرفها سنةً»[3] مُطلقاً، ولأنّها لقطة، وفي التَّصدقِ بعد سنةٍ إيصالُها إلى مالكها بقدر الوسع على ما تَقَدَّم، فيُشْرعُ، وتأويل قوله ﷺ في الحرم: «لا تَحِلُّ لقطتُه إلا لِمُنْشدٍ»[4]: أي لمعرِّفٍ، والتَّخصيصُ بالحَرَم؛ لئلا يُتَوَهَمُ

لا يحل الدفع، وهو محمول على ما إذا لم يصدقه، فإن صدقه حلّ الدفع، كما في منحة الخالق٥: ١٦٩.

(١) فعن زيد بن خالد ﵁: «أنّ أعرابياً سأل النبي ﷺ عن اللقطة، قال: «عرفها سنة، فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها، ووكائها، وإلا فاستنفق بها» في صحيح البخاري٣: ١٢٧.

(٢) سبقه تخريجه عن ابن عباس ﵄، في صحيح البخاري٤: ١٦٥٦.

(٣) فعن زيد بن خالد ﵁: يقول: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة، الذهب، أو الورق؟ فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة» في صحيح مسلم٣: ١٣٤٩.

(٤) فعن ابن عبّاس ﵄، قال ﷺ: «لا يعضد عضاها، ولا يُنفرُ صيدُها، ولا تحلُّ لقطتُها إلا لمنشدٍ، ولا يختلى خلاها» في صحيح البُخاري٢: ٨٥٨، وصحيح مسلم٢: ٩٨٨.

السُّقوط طَمَعاً أنّها للغُرباء[١].

❋ ❋ ❋

---

(١) أي أن مكة شرّفها الله ﷻ مكان الغرباء؛ لأنَّ الناس يأتون إليها من كل فج عميق، ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع إليها، فالظاهر أنَّها للغرباء لا يظن عودهم في سنة وأكثر، فينبغي أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة، فأزال رسول الله ﷺ ذلك الوهم بقوله: «لا يحل رفع لقطتها إلا لمعرّفها»، كما هو الحكم في غيرها من البلاد، كما في الهداية والعناية٦: ١٢٨-١٢٩.

كتاب الآبق

وهو العبدُ الهاربُ، أَبِق العَبدُ إذا هَرَب، وتَأبق إذا استتر، ويُقال: احْتَبَس الآبق إذا هَرَبَ واستتر عن مَولاه احْتَبَسَ عنه.

قال: (**أخذُه أفضلُ إذا قَدِرَ عليه**)[1]؛ لأنّه إحياءٌ له وإبقاءٌ له على ملكِه.

(**وكذلك الضّال**)[2]، وقيل: تركُ الضَّال أولى؛ لأنّه يقف مكانه، فيَجِدُه صاحبُه، بخلاف الآبق.

قال: (**ويدفعهما إلى السُّلطان**)؛ لعجزِه عن حفظهما، (**ويُحْبَسُ الآبق دون الضَّال**)؛ لأنّه يُخاف إباقَ الآبق دون الضَّال.

---

(١) أي: قدر على حفظه وضبطه بالإجماع؛ لما فيه من إحياء حقّ المالك، هذا إذا لم يخف ضياعه، أمّا إن خاف ضياعه فيفرض أخذه، ويحرم أخذه لنفسه، كما في مجمع الأنهر١: ٧٠٩.

(٢) وهو المملوك الذي ضلَّ الطَّريق إلى منزله من غير قصد، فتركه أحبّ؛ لأَنَّه لا يبرح من مكانه، فيأتي مالكه فيأخذه، وإن عرف الواجد بيت مالكه، فالأفضلُ أن يوصله، كما في شرح الوقاية٥: ٢٧٤.

قال: (**ومَن ردَّ الآبق على مولاه من مَسيرةِ ثلاثةِ أيّام فَصَاعداً، فله عليه أربعون درهماً وبحسابِهِ إن نقصت المدّة**)؛ لما رُوِي عن عَمرو بن دِينار رضي الله عنه أنّه قال: كان النَّبيُّ صلى الله عليه وسلم يقول: «جعل الآبق أربعون درهماً»[١]، واجتمعت الصَّحابة رضي الله عنهم على وجوبِ الجُعل[٢]، لكن اختلفوا في مِقداره: فمنهم مَن قال: أَرْبعون. ومنهم: مَن قال: دونها[٣].

فقُلْنا: بوجوبِ الأَرْبعين في مَسيرةِ السَّفر، وما دونها فما دون، تَوْفيقاً بين أقوالهم رضي الله عنهم، ولأنّ ذلك حاملٌ على ردِّ الآبقِ وصيانةً له عن الضَّياع؛ إذ الحُسْبةُ قليلة.

---

(١) فعن عمرو بن دينار: «أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم»، وعن محمد أنَّ شريحاً كان يقول: «إذا وجد في المصر فعشرة، وإذا وجد خارجاً فأربعون درهماً»، وغيرها في مصنف عبد الرزاق ٨: ٢٠٧.

(٢) فعن أبي عمرو الشيباني، قال: أتيت ابن مسعود رضي الله عنه بأباق أصبتهم بالعين، فقال: «الأجر والغنيمة»، قلت: هذا الأجر، فما الغنيمة؟ قال: «أربعون درهماً» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٢٠٨، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٣٠، وينظر: نصب الراية٣: ٤٧٠.
وعن القاسم، عن شريح، أنَّه كان يقول: «إذا أخذ في المصر فعشرة دراهم، وإذا أخذ خارجاً من المصر فأربعون درهماً» في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٢٩٨.

(٣) فعن سعيد بن المسيب: «أنَّ عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق ديناراً، أو اثني عشر درهماً» في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٢٩٧.
وعن علي رضي الله عنه: «في جعل الآبق دينار، قريباً أخذ أو بعيداً» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٢٩.

وقوله في نقصانِ المدّة: «بحسابِهِ» أنّه مفوَّضٌ إلى رأي الإمام، وقيل: يُقَسَّطُ لكلِّ يوم ثلاثةَ عشرَ درهماً وثُلُث، فيُقَدَّرُ الرَّضخُ[1] بقَدْرِهِ، وقيل: باصطلاحِهما.

قال: (**فإن كانت قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهماً**)[2].

وقال أبو يوسف ﷺ: له الجُعلُ كاملاً؛ لأنّه مَنصوصٌ عليه.

ولهما: أنّه إنّما شُرِع ذلك لمصلحةِ المالك، فيُنْقَص من قيمتِهِ درهمٌ؛ لتحصل له الفائدة.

قال: (**وأمُّ الولدِ والمُدبَّر كالقِنِّ**)؛ لأنّهما في معناه من إحياء الملك.

(**والصَّبي كالبالغ**)؛ لأنّه مؤونةُ الملك، ولو رَدَّه أبوه أو وصيُّه، فلا جُعِل لهما؛ لأنّ الحفظ عليهما، وهما يتوليّان ذلك، وكذلك أحد الزَّوجين على الآخر، وكذلك الابن؛ لأنَّ العادةَ جرت بالرَّدّ من هؤلاء تَبرُّعا واصطناعاً[3].

---

(١) أي: العطاء، كما في هدية الصلعوك ص١٨٧.

(٢) هذا قول أبي حنيفة ومحمّد ﷺ؛ لأنَّ المقصودَ حمل الغير على الردّ؛ ليحيي مال المالك، فينقص درهماً ليُسلم للمالك شيءٌ؛ تحقيقاً للفائدة، كما في الجوهرة ١: ٣٦٢، قال في التصحيح ص٣١٠: قال الإسبيجابي: هذا قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ: له أربعون، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ وصدر الشريعة ﷺ، ففي الوقاية ٥: ٢٧٤: «لراده أربعون درهماً وإن لم يعدلها»، ومثله في الكنز٢: ٣٣٤.

(٣) ويستثنى في أخذ عدم أجر الردّ: السلطان ونوابه، وحافظ المدينة، والحارس، ومن هو في عياله، ومَن استعان به، وأحد الزوجين، والشريك، كما في التبيين٣: ٣٠٩.

ولو ردَّ عبدَ أبيه أو أَخيه أو سائر قرابته لا جُعل له إن كان في عياله، وإن لم يكن فله الجُعل.

ولو قال لغيرِه: أَبِق عبدي إن وجدتَه فخذه، فقال: نعم، فَرَدَّه لا جُعْل عليه؛ لأَنَّه وَعَدَه بردِّه، فصار متبرِّعاً.

ردَّ أمةً ومعها ولدُها، فله جُعلٌ واحدٌ إلا أن يكون مُراهقاً، فيجب ثمانون درهماً.

ولو صالح عن الجُعل على عشرين درهما جاز.

ولو صالحه على أكثرِ من أربعين يحطُّ الفضل؛ لأنَّ المستحقَّ أربعون، فالزِّيادةُ رباً.

قال: (**وينبغي أن يُشْهِدَ أنّه يأخذُه ليردَّه**)[1] على ما بيّنّا في اللُّقَطة من الاختلافِ والتَّعليل.

---

(١) الإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد ﵄، حتى لو ردّه من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما؛ لأنَّ ترك الإشهاد أمارة أنَّه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فردّه على مولاه لا جعل له؛ لأَنَّه ردّه لنفسه، إلا إذا أشهد أنَّه اشتراه ليردّه فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن، كما في الهداية٦: ١٣٩، وفي البحر الرائق٥: ١٧٥: «والحاصل: أنَّه إن أشهد أنَّه أخذه ليرده استحق الجعل وانتفى الضمان عنه بموته وإباقه وإلا لا، لكن ينبغي أن يكون الإشهاد شرطاً لهما عند التمكن، أما إذا لم يتمكّن منه فلا اتفاقاً، كما تقدَّم نظيره في اللقطة، وأنَّ القولَ قوله في أنَّه لم يتمكن منه، ثم رأيت التصريح به في التتارخانية».

قال: (**ولو أَبِق من يدِه لا يَلْزَمُه شَيءٌ**)؛ لأَنَّه أمانةٌ؛ لأنّه مأذونٌ له في أخذِه، ولا شيءَ له؛ لأنّه ما رَدَّه على مالكِه.

قال: (**وإن كان رَهناً فالجُعْلُ على المُرْتهن**)؛ لأنّه وَجَبَ بجنايةٍ الرَّهن، وهي في ضمانِ المُرْتَهن، ولأنّه أحيا ماليّته، وهي حقُّه، وإن كان بعضُه خالياً عن الدَّين، فعلى المالك بقَدْرِه من الجُعل، كما في الفِداء في الجِناية، ولأنَّ حقَّه في القَدْرِ المضمونِ عليه.

ولو كان بين جماعةٍ فالجُعل عليهم بقَدْرِ الأَنْصباء؛ لأنّه مُؤونةُ المِلك.

(**وإن كان جانياً، فعلى مولاه إن فَداه، وعلى وليِّ الجِناية إن أَعطاه له**)؛ لأنّ مَنْفعتَه لَمن يَسْتَقِرُّ الملك له، والجُعل يَتْبَعُ المَنْفعة.

قال: (**وحُكمُه في النَّفقةِ**) في التَّبرُّع، وإذنُ القاضي وحبسُه بها بعد الرَّدِّ، (**كاللُّقَطة**).

اشترى آبقاً فرَدَّه لا جُعْلَ له؛ لأَنَّه عَمِل لنفسِهِ، وإن قال: لم أَقْدر على رَدِّه إلا بالشِّراء، وإنّما اشتريتُه لأَردَّه وأَقام البيِّنة على ذلك فله الجُعل؛ لأنّه أخذه ليردَّه، وهو مُتبرِّعٌ في الثَّمن.

وإذا حَبَسَ السُّلطانُ الآبقَ مدّةً ولم يجئ له طالبٌ إن شاء باعه، وإن شاءَ أَنْفَقَ عليه من بيتِ المال، وجَعَلَها دَيناً على المالكِ أو في ثمنِهِ، ولا يُؤاجرُه خوفَ الإباق، أمّا الضَّال يؤاجرُه ولا يبيعُهُ.

* * *

كتاب المفقود

المَفْقُودُ: المَعْدُوم، وفَقَدتُ الشَّيء: إذا طَلَبتُه فلم تجده، قال الله تعالىٰ: {قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ} [يوسف: ٧٢]: أي طَلَبناه فلم نَجِدْه، فُقِد: عُدِم.

وفي الشَّرع[1]: الذي غاب عن أهلِه وبلدِه أو أَسَره العدو ولم يُدرَ أَحَيٌّ هو أمّ ميتٌ، ولا يُعْلَمُ له مكانٌ ومَضىٰ علىٰ ذلك زمانٌ، فهو مَعْدومٌ بهذا الاعتبار.

(وحكمُه: أنّه حيٌّ في حَقِّ نفسِه) لا تتزوَّج امرأتُه ولا يُقسمُ مالُه ولا تُفسخُ إجارتُه؛ لأنَّ ملكَه كان ثابتاً في مالِه وزوجتِه ومنافعِ ما استأجره، وغيبوبتُه لا تُوجبُ الفُرقة، والموت مُحْتَمَلٌ، فلا يَزولُ الثّابتُ باليَقين بالاحتمال، وقال ﷺ في امرأةِ المفقود: «هي امرأتُه حتىٰ يأتيها البيان»[2]، رواه

---

(١) المفقود اصطلاحاً: الغائب الذي انقطع خبره ولا ندري حياته ولا موته، كما في شرح السراجية ص١٥١، والفوائد البهية ص٦٤.

(٢) فعن المغيرة بن شعبة ﵁، قال ﷺ في امرأة المفقود: «إنّها امرأته حتىٰ يأتيها البيان» أخرجه الدارقطني، كما في نصب الراية٤: ٣٨٥-٣٨٦: وهو حديث ضعيف بمحمد بن شرحبيل، قال ابن أبي حاتم عن أبيه: أنَّه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل. وقال ابن القطان: وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه.

المغيرةُ بن شعبة رضي الله عنه، وعن عليٍّ رضي الله عنه: «إنّها امرأةٌ ابتليت، فلتَصْبِرْ حتى يأتيها موتٌ أو طلاقٌ»[1]، وروى عبدُ الرحمن بنُ أبي ليلى رضي الله عنه أنّ عمر رضي الله عنه كان يقول: «يفرق بينه وبين امرأته إذا مَضَت أربع سنين، ثمّ رجع إلى قول عليّ رضي الله عنه»[2].

قال: (و)هو (ميتٌ في حقِّ غيرِه) لا يرث ممَّن مات حال غيبتِه؛ لأنَّ الحكمَ ببقائِهِ بناء على استصحاب الحال، وأنّه يصلح للدَّفع لا للاستحقاق.

---

(١) فعن عليّ رضي الله عنه: «امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق» في مصنف عبد الرزاق٧: ٩٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٧: ٩٠، وسنن البيهقي الكبرى ٦: ١٥٨، ٧: ٤٤٦، وقال البيهقي: هو عن علي رضي الله عنه مشهور وروي عنه من وجه ضعيف ما يخالفه وهو منقطع، وينظر: تلخيص الحبير ٣: ٣٢٧، وفي رواية عنه: «تتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت» في مصنف عبد الرزاق٧: ٩٠.

وعن ابن جريج رضي الله عنه، قال: «بلغني أنَّ ابنَ مسعود رضي الله عنه وافق علياً رضي الله عنه على أنَّها تنتظره أبداً» في مصنف عبد الرزاق٧: ٩٠.

وعن أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبيّ والنّخعي كلُّهم رحمهم الله قالوا: «ليسَ لها أن تتزوَّجَ حتى يتبيّنَ موته» في مصنف ابن أبي شيبة٣: ٥٢١.

وقال ابن الهمام فتح القدير ٦: ١٤٦: «الحاصل: أنَّ المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم... والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجّحاً لا مثبتاً بالأصالة، وما ذكر من موافقته ابن مسعود رضي الله عنه مُرجّح آخر».

(٢) فعن عمر رضي الله عنه، قال: «أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل» في الموطأ٤: ٨٢٨.

وأما رجوعه إلى قول عليّ رضي الله عنه، قال مخرجو «الهداية» لم نجده، وقال ابن قطلوبغا: الذي رأيناه خلافه، كما في الإخبار٢: ٢٨٨.

قال: (**ويُقيمُ القاضي مَن يحفظُ ماله ويَستوفي غلّاته فيما لا وَكيل له فيه، ويَبيع من أموالِهِ ما يَخاف عليه الهَلاك**)؛ لأنَّ القاضي نُصِّبَ لمصالح المسلمين نَظَراً لَمن عجز عن التَّصرُّف بنفسِهِ، كما قُلنا في الصَّبيّ والمَجنون.

والمَفقودُ عاجزٌ بنفسِهِ، فيتصرَّفُ له القاضي، والنَّظرُ له فيما ذكرنا فيَقْبِضُ ديناً أَقرَّ به الغريم ولا يُخاصم؛ لأنّه وَكيلٌ في القَبْضِ من جهتِهِ، وأنّه لا يَمْلِكُ الخُصومةَ بالإجماع؛ لأنَّ القاضي يلي الحِفْظَ دون الخُصومة، ولا يَبيع ما لا يخاف عليه الهلاك لا في نفقةٍ ولا غيرِها؛ إذ لا نَظَرَ في ذلك.

قال: (**وينفُق من مالِه على مَن تجب عليه نفقتُه حال حضورهِ بغير قضاء**): كزوجتِه وأولادِه وأبويه؛ لأنّه إعانةٌ لهم، وكلُّ مَن لا يَسْتَحِقُّها بحضرتِهِ إلا بقضاءٍ، فإنّه لا يُنْفَقُ عليه... كالأَخ والأُخت ونحوهما؛ لأنّه قضاءٌ على الغائب[1].

---

(١) الأصلُ: أنَّ كلَّ مَن يستحقّ النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأنَّ القضاء حينئذ يكون إعانة، وكلّ مَن لا يستحقّها حال حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته؛ لأنَّ النفقةَ حينئذ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب لا يجوز، فمن الأولى الأولاد الصغار والإناث من أولاده الكبار والزمنى من الذكور الكبار، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة، كما في (الجوهرة١: ٣٦٠)

والمرادُ بقوله: «من مالِهِ» النَّقدان[1]؛ لأنّهما قيمة ما يستحقون من المَطْعوم والمَشْروب والمَلْبوس.

ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعَه إليهم.

وإن كان مالُه ديناً أو وديعةً، فإن اعترف المَدْيون والمُودَع بالمال والزَّوجية والنَّسَب أَنْفَقَ عليهم منه.

وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي، فلا حاجة إلى اعترافِهم، وإن ثبت عند القاضي بعض ذلك يُشترطُ اعترافُهما بالباقي.

ولو أنفق المديونُ والمودَعُ عليهم بغيرِ إذنِ القاضي ضَمِناً؛ لأنّهما ما أَوْصَلا الحقَّ إلى مالكِه ولا نائبِهِ.

قال: (**فإن مَضَى له من العُمُر ما لا يَعيش أقرانُه حُكِم بموتِهِ**)، وهو الأقيس على قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لاختلاف الأَعمال باختلاف الأَزمان، وروى الحَسَنُ عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه قَدَّرَه بمئةٍ وعشرين، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: مئة سنةٍ، وقيل: تسعين سنةٍ، وهو غايةُ ما تَنْتَهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعمّ الأغلب، وهو الأَرفق؛ لأنّ في التَّفَحُص عن موت الأقران حَرَجاً[2].

---

(١) يعني: الدراهم والدنانير والكسوة والمأكول، فأما ما سوى ذلك من الدور والعقار والحيوان فلا يباع إلا الأب، فإنَّه يبيع المنقول في النفقة عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ولا يبيع غير المنقول، وعندهما لا يبيع شيئاً، كما في الجوهرة١: ٣٦٠.

(٢) حقَّقَ صاحبُ ردّ المحتار٣: ٣٣١ بأنَّه لا مخالفةَ بين قولِ التَّقديرِ وبين ظاهرِ

وباقي مسائل المفقود تأتي في الفرائض إن شاء الله تعالىٰ.

* * *

الرِّواية، بل هو تفسيرٌ لظاهرِ الرِّواية، وهو موت الأقران، لكن اختلفوا فمنهم مَن اعتبرَ أطول ما يعيشُ إليه الأقرانُ غالباً، ثُمَّ اختلفوا فيه هل هو تسعون أو مئة وعشرون، ومنهم وهم المتأخّرون اعتبروا الغالبَ من الأعمار، أي: أكثرَ ما يعيشُ إليهِ الأقرانُ غالباً لا أطوله فقدَّروه بستّين؛ لأنَّ مَن يعيشُ فوقَها نادر، والحكم للغالب، كما في العمدة٢: ٣٩٣.

والفتوىٰ في المسألة علىٰ قول مالك، قال ابن عابدين في رد المحتار٣: ٥٠٩:«في زوجة المفقود حيث قيل: إنه يفتىٰ بقول مالك إنها تعتد عدة الوفاة بعد مضي أربع سنين».

كتاب الخنثى

وهو مُشْتقٌ من التَّخَنُّث، وهو التَّكسُّر، يُقال: اطْوِ الثَّوبَ على أَخْناثِهِ: أي على تَكَسُّرِه ومَطاويه، وسُمي الخُنثى؛ لأنّه يُكَسَّرُ ويُنْقِصُ حاله عن حال الرِّجال، ويفوق على حال النِّساء حيث كان له آلةُ الرِّجال والنِّساء.

وقال عُمرُ النَّسَفيُّ رضي الله عنه [1]: أو ليس له هذا ولا هذا، ويخرج حدثُه من دبُره أو من سرَّتِهِ.

وذكر في «المُنْتقى»: قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما: إذا خَرَجَ البَوْلُ من سَرَّتِهِ، وليس له قُبُل ولا ذَكَرٌ لا أَدْري ما نقول في هذا.

(إذا كان له آلةُ الرَّجل والمَرأة، فإن بال من أحدِهما اعتبر به، فإن بالَ من الذَّكرِ فهو غلامٌ، وإن بالَ من الفَرجِ فهو أُنثى)؛ لأنَّ ذلك دليلٌ على أنَّ

(١) وهو عمر بن محمد بن أحمد النَّسَفِيّ السَّمَرْقَنديّ الحنفي، أبو حفص، نجم الدين، مفتي الثقلين، قال السمعاني: كان فقيهاً فاضلاً محدثاً مفسراً أديباً متقناً قد صنف كتباً في التفسير والحديث والشروط، من مؤلفاته: «العقائد النسفية»، و«التيسير في التفسير»، و«نظم الجامع الصغير»، (٤٦١-٥٣٧هـ). ينظر: الجواهر٢: ٦٥٩-٦٦٠، ومرآة الجنان٣: ٢٦٨.

الآلَةَ التي يخرج منها هي الأصل، والأُخرىٰ عَيْبٌ، وسُئِل ﷺ عنه كيف يُوَرَّثُ؟ فقال: «من حيثُ يَبُول»(١)، ومثله عن عليٍّ رضي الله عنه(٢)، وهكذا كان حُكْمُه في الجاهلية فأَقرَّه الإسلام.

قال: (**وإن بالَ منهما اعْتُبِرَ بأَسبقهما**)(٣)؛ لأَنَّه دلالةٌ علىٰ أنّه العَضو الأَصليّ.

(**فإن بال منهما معاً فهو خُنْثى، ولا مُعتبر بالكَثْرة**)، وقالا: يُعتبر أكثرُهما بَوْلاً؛ لأنّ للأكثر حكم الكلّ، ولأنّه علامةٌ أُخرىٰ علىٰ الأصالةِ

---

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنه في الرَّجل يكون له قبل ودبر، قال ﷺ: «يُورَّث من حيث يبول» في معرفة السنن١٠: ٤٠٧.

(٢) فعن علي رضي الله عنه: «أنَّه وَرَّث خنثىٰ ذكراً من حيث يبول» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٣٠٨.

وعن علي رضي الله عنه: «سئل عن المولود لا يدرىٰ أرجل أم امرأة؟ فقال: يُورَّث من حيث يبول» في سنن البيهقي الكبير٦: ٢٦١.

(٣) لأنَّ السبقَ من أسبابِ الترجيح، فدلَّ السبق علىٰ أنَّه هو المجرىٰ الأصلي، وخروجه بعد ذلك من موضعٍ آخرَ انصرافٌ عن المجرىٰ لعلّةٍ أو عارض، فلا يلتفتُ إليه، «غاية البيان»؛ فعن قتادة قال: سجن جابر بن زيد زمن الحجاج، فأرسلوا إليه يسألونه عن الخنثىٰ كيف يورث؟ فقال: تسجنونني وتستفتونني، ثم قال: انظروا من حيث يبول، فورثه منه، قال قتادة: فذكرت ذلك لسعيد بن المسيب قال: «فإن بال منهما جميعاً»، قلت: لا أدري، فقال سعيد: «يورث من حيث يسبق» في السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٤٢٧.

والقوّة.

وله: أنَّ الكثرةَ تكون لاتساع المَخْرج، ولا دلالةَ فيه على الأصالةِ[1]، فإن استويا في القَدْرِ، فهو مشكلٌ بالإجماع؛ لعدم المُرجِّح.

قال: (**فإذا بَلَغَ فظَهَرَت له أَماراتُ الرِّجال، فهو رجلٌ**)، وذلك كاللِّحية ومجامعةِ النِساء والاحتلام من الذَّكر؛ لأنّ هذه علامةُ تخصُّ الرِّجال.

(**وإن ظَهَرَت له أَماراتُ النِّساء، فهو امرأةٌ**): كالحيضِ والحَبَلِ ونُزولِ الثَّدي واللَّبَنِ فيه والجِماعِ في الفَرج؛ لأنَّ هذه علاماتٌ تخصُّ النِّساء.

قال: (**فإن لم تَظْهَرْ الأمارتان أو تعارضتا، فهو خُنثى مُشْكِل**)، قال الطَّحاويُّ ﵁: قال محمّد ﵁: الإشكالُ قَبْلَ البُلوغ، فإذا بلغ فلا إشكال.

قال النَّسفيُّ: وليس يخلو إذا بَلَغَ من بعض هذه العَلائم.

فصلٌ

(**فإذا حَكَمَ بكونِهِ خُنْثى مُشكِلاً يُؤخَذُ فيه بالأَحْوطِ والأَوْثقِ من أُمور الدِّين**)، فلا يحكم بما وَقَعَ الشَّكُّ في ثُبوتِهِ، ويُرَجَّح المُحَرَّمُ على المُبيح، (**فيُورَّثُ أَخَسَّ السَّهمين**)، ويُعْرَفُ بيانُه في الفرائض إن شاء الله تعالى.

---

(١) ولأنَّ كثرةَ الخروجِ ليس تدلّ على القوة؛ لأنَّه قد يكون لاتِّساع في أحدهما وضيقٍ في الآخر، كما في الهداية٤: ٢٦٦، قال في التصحيح: «ورجَّح دليل الإمام في الهداية والشروح، واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة»، كما في اللباب١: ٣٦١.

(ويَقِفُ بين صَفِّ الرِّجال والنِّساء في الصَّلاة)؛ لأنّه إن كان رجلاً لا يجوز وقوفُهُ في صَفِّ النِّساء؛ لئلا تَفْسُدُ صَلاتُه، ولو كان امرأةً لا يجوز وقوفُها في صَفِّ الرِّجال؛ لئلا تَفْسُدُ صلاتُهم، فيقف بينهما.

قال: **(وإن صَلَّى في صَفِّ النِّساء أَعَاد)**؛ لجواز أن يكون رَجلاً.

(ولو صلَّى في صَفِّ الرِّجال يُعيدُ مَن عن يمينِهِ ويَسارِه ومَن خَلْفَه بحذائه)؛ لاحتمال أنّه امرأةٌ.

قال: **(ويُصلِّي بقِناع)**؛ لاحتمال أنّه امرأةٌ، ويجلس كما تَجْلِسُ المرأةُ.

(ولا يَلْبَسُ الحُليَّ والحَرير)؛ لاحتمال أنّه رجلٌ.

(ولا يخلو به غيرُ مَحْرَمٍ رَجلٌ ولا امرأةٌ، ولا يُسافر بغير مَحْرَم)؛ احتياطاً.

قال: **(وتُبْتاع له أَمةٌ تَخْتِنُه)**؛ لأَنَّه لا يجوز أن يَخْتِنَه رجلٌ ولا امرأةٌ؛ لما بيَّنّا، ويجوز لجاريتِهِ النَّظرُ إلى فرجِهِ رجلاً كان أو امرأةً، **(فإذا خَتَنَتْهُ باعها)**؛ لاستغنائه عنها.

(وإن لم يكن له مالٌ، فمِن بيتِ المال)(١)؛ لأَنَّه لمصالحِ المسلمين.

---

(١) لأنَّ بيتَ المال أُعِدّ لنوائب المسلمين، فتدخل في ملكه بقدر الحاجة، وهي حاجة الختان، فإذا ختنته تباع، ويردّ ثمنها إلى بيت المال، ولو تزوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز؛ لأَنَّه إن كان ذكراً صحّ النكاح، وإن كان أُنثى فنظر الجنس أخفّ، ثم يفرق بينهما لاحتمال أَنَّه أنثى فلا نكاح بينهما، وَتُطلّق؛ لاحتمال أَنَّه ذكر، فيصحّ النكاح بينهما فتحصل الفرقة، ثم تعتدّ إن خلا بها احتياطاً، كما في التبيين٦: ٢١٥.

وإذا كان صَغيراً لا يُشتهى جاز خِتانه للرِّجل وللمَرأةِ.

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه يُزوَّج امرأةً، فإن كان رَجُلاً صَحَّ النِّكاح، وحَلَّ لها النَّظر إلى فَرْجِ زوجِها، وإن كان امرأةً فلا نكاح، لكن يجوز للمرأةِ النَّظرُ إلى فَرْجِ المرأةِ للضَّرورة.

ولا يَرثُ الخُنْثى من مولى أبيه لاحتمال أنّه أُنثى.

ولو أَوْصَى لحمل فلانةٍ بألف إن كان ذَكَراً وبخمسمئةٍ إن كان أُنثى، فولدت خُنْثى فله خمسمئة احتياطاً، إلاّ أن يَتبَيَّن غير ذلك.

وإن قتلَه قاتلٌ خَطأً، وقال: إنّه أُنثى، فالقَوْلُ قَوْلُه لإنكارِهِ الزِّيادةَ، ولا قِصاص في أطرافِهِ أَصْلاً.

ولو ارتدَّ لا يُقْتَلُ، ولا يَدْخُلُ في القَسامة.

ولا تُقرَّر عليه الجِزيةُ لو كان كافراً.

ولو أُسر لا يُقتل؛ لاحتمال أنّه أُنثى.

ولا يُحَدُّ قاذفُه؛ لأنّه إن كان رَجُلاً فهو كالمَجبوب، وإن كان امرأةً فهي كالرَّتقاء، ولا يُحَدُّ قاذفُها؛ لأنّ الحدَّ لنفي التُّهمةِ، وهي منتفيةٌ عنهما.

ولو قال لامرأتِه: إن كان أوّل ولد تلدينه غُلاماً فامرأتُه طالقٌ، أو فعبدُه حرٌّ، فولدت خُنْثى لا يحنث ما لم يَسْتَبِن أمره.

ولو قال: كلُّ عبدٍ له حُرٌّ، أو كلُّ أَمةٍ له حُرّةٌ لا يَعتَق لخنثى حتى يَسْتَبِينَ أَمرُه، ولو بان أَحدُ الأمرين عَتَق للتَّيقُّن.

(وإذا مات ولم يَسْتَبن حالُه يُيمَّمُ ثمّ يُكفَّن)؛ لأنّه لا يجوز غسلُه للرِّجال ولا للنِّساء احتياطاً، فقد تَعَذَّرَ غسلُه فييمَّمُ، وإذا اجتمعت الجنائزُ جُعِلَت جنازتُه بين جنازة الرَّجلِ والمرأةِ؛ لما مَرّ في الصَّلاة في حياتِهِ.

(ويُدْفَنُ كالجارية) احتياطاً.

❊ ❊ ❊

كتاب الوقف

الوَقفُ في اللُّغة[1]: الحبس، يُقال: وَقَفْتُ الدَابّة إذا حبستُها على مكانها، ومنه الموقف؛ لأنّ النَّاس يوقفون فيه: أي يحبسون للحساب.

وفي الشَّرع[2]: حبسُ شيءٍ معلومٍ بصِفةٍ معلومةٍ على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

---

(١) لغةً: وقفَهُ: حبسهِ، وقَفَ دارَه أو أرضه على ولدِهِ؛ لأَنَّه حَبْسُ المِلْك عليه. وقيل للموقوف: وَقْفٌ تسميةً بالمصدر؛ ولذا جُمع على أوقاف، قالوا: ولا يُقال: أوقفه إلا في لغة رديّة. وقيل: يُقال: وقفَه فيما يُحْبَس باليدِ، وأوقفه فيما لا يُحبس بها، كما في المغرب٢: ٣٦٦.

(٢) اصطلاحاً: حبس العين على حكم ملك الله جَلَّلاً، أو حبسُ العين عن التمليك والتصدُّق بالمنفعة عند أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما.
وعند أبي حنيفة رضي الله عنه: حبسُ العين على ملك الواقف والتصدّقُ بالمنفعة، كما في التبيين١: ٣٢٥.
وشروط الوقف:
وهي نوعان: شروط صحة، وشروط نفاذ:
أولاً: شروط الصحة:

وهي ما يتوقف عليه انعقاد الوقف من الاعتبارات بعد وجود أركانه المتقدمة؛ إذ لا فرق في باب الوقف بين الانعقاد والصحة، أو بين البطلان والفساد؛ لأنَّ باطل الوقف وفاسدّه واحد، وتفصيلها كالآتي:

١ .أن تكون صيغة الوقف جازمة بالعقد، فلا ينعقد بالوعد، ولا يكون الوعد فيه ملزماً، ولا يصح الوقف مع خيار الشرط عند محمد؛ لعدم التنجيز.

٢ . أن تكون الصيغة منجزة، فلا تكون معلقة أو مضافة للمستقبل؛ لأنَّ الوقف من التمليكات.

٣.أن لا يكون في صيغة الوقف شرطٌ يؤثر في أصل الوقف، ويُنافي مقتضاه، بأن يقول: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ على أنَّ لي أصلُها، فيبطل الوقف، وهذا في القياس، واستحساناً: يصح الوقف ويلزم وتبطل الشُّروط المنافية له.

٤ .أن تكون الصِّيغة مفيدةً التأبيد للوقف، وعند أبي يوسف ﷺ: لا يشترط ذلك؛ لأنَّ دلالة الوقف تدل على التأبيد، وعليه الفتوى.

٥ . أن يكون الواقف عاقلاً، فلا يصحُّ وقف المجنون والمعتوه والصغير غير المميز.

٦ . أن يكون الواقف بالغاً، فلا يصحُّ وقف الصغير المميز، ولو مأذوناً من وليه؛ لأنَّه لا يملك أن يتبرع من ماله بشيء.

٧.أن يكون غير محجور لسفه، فلا يصحّ وقف المحجور لسفه، ولو أجازه وصيه؛ لأنَّه ليس أهلاً للتبرع.

٨.أن لا يرتد عن الإسلام بعد الوقف، فلو ارتد بطل وقفه، ولو عاد إلى الإسلام لا يعود الوقف إلا بعقد جديد؛ لأنَّ الوقف في معنى القربة الدائمة لله تعالى.

٩ . أن يكون الموقوف مالاً متقوماً: بأن يكون منتفعٌ به شرعاً.

١٠ .أن يكون الموقوف مملوكاً في ذاته، فلا يصحّ وقف المباحات قبل إحرازها، وأما

كونه مملوكاً للواقف فمن شرائط النفاذ، وإن وقف ما لا يملك ثم ملكه لا يصح.

١١. أن يكون الموقوف معلوماً حين الوقف، فلا يصح وقف الشيء المجهول، كقوله: وقفت شيئاً من مالي.

١٢. أن يكون الموقوف عقاراً أو منقولاً تعارف الناس وقفه.

١٣. أن يكون الموقوف متميّزاً غير مشاع إذا كان مسجداً أو مقبرةً، فأبو يوسف يرى صحة وقف الحصة الشائعة إلا في المسجد، فيتفق مع أبي حنيفة ومحمد في صحّة وقف المشاع؛ لأنَّ المسجد يجب أن يكون خالصاً لله تعالى.

١٤. أن يكون الموقوف عليه قربةً في نظر الشرع ونظر الواقف، فلا يصح الوقف بالمنكرات والمحرمات: كالميسر ونوادي الفحش والنواح والغناء وفنون اللهو والمبتدعين والحربيين.

١٥. أن تكون جهة البر في الموقوف عليه دائمة الوجود: كالفقراء، وإن وقف على قوم محصورين لا يصح الوقف؛ لأنَّهم ينقطعون، وعلى قول أبي يوسف رضي الله عنه: يصحّ ويجعل بعدهم للفقراء.

ثانياً: شرائط النفاذ:

وهو ما يتوقف عليه اعتبار الوقف مُبْرَماً ماضياً غير محتاج إلى إجازة أحد ورضاه، وهما يرجعان إلى الواقف والمال الموقوف، وتفصيلها كالآتي:

١. أن لا يكون الواقف محجوراً عليه لِدَين، فلا يصح أن يتصرف في ماله أيّ تصرّف يضرّ بغرمائه، ومن ذلك التبرعات: كالوقف.

أما المَدين الذي لم يَحجر عليه قضاء، ففي أصل المذهب وقفه صحيح، لكن أفتى أبو السعود بأنَّه لا يصح ولا يلزم، والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل بالدين، ومعنى هذا: أنَّ المَدين يعتبر محجوراً عن الوقف من نفسه بالأمر

السلطاني، دون حاجة إلى حجر قضائي فيما يعادل الدَّين من أمواله غير ما وقفه منها وَفْرٌ يفي بالدَّين، نفذَ الوقف، وإلا توقف على إجازة الدائنين، وهذا ما استقرت عليه فتاوي المتأخرين من الفقهاء.

٢. أن يكون الواقف غير مريض مرض الموت، فالمريض المَدين ينفذ الوقف فيما يزيد عن ماله من الدين، والمريض غير المَدين وقفه مقيد نفاذه بثلث ماله، وفيما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة كالوصية، وإن وقف المريض على وارث لا يجوز، ولو كان يخرج من ثلث المال إلا بإجازة باقي الورثة.

٣. أن يكون الواقف غير مرتد عن الإسلام، فإنَّه متوقف، فإذا عاد إلى الإسلام نفذ وقفه.

٤. أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف حين الوقف، فوقف الفضولي صحيح موقوف.

ويشترط لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكاً للموقوف عند الوقف، فإن مَلَكَ الواقف الموقوف بعد أن وقفه، فإنَّه وقفه عندئذ لا يكون صحيحاً، ومَن اشترى أرضاً بخيار شرط للبائع ووقفها المشتري ثم أمضى البائع البيع كان الوقف باطلاً.

٥. أن لا يكون الموقوف مرهوناً لا فكاك له، فإنَّ الراهن إذا كان له مال آخر يمكن وفاء الدين منه، ينفذ وقفه في المرهون، ويجبر قضاءً على وفاء الدين، ويفك المرهون الموقوف.

٦. أن لا يكون الموقوف محجوزاً قضاءً لوفاء حقّ، فلا ينفذ فيه الوقف، ولو كان للمالك المحجوز عليه مال آخر؛ لأنَّ الحجر عمل إداري لسلطة قضائية انصبت على المال، فعزلته عن سلطة ماله لوفاء الحق الذي عليه، كما في أحكام الأوقاف للزرقا ص٧٢-١٠٣.

(وهو حَبْسُ العَينِ على ملكِ الواقفِ والتَّصدُّقِ بالمنفعةِ، ولا يَلْزَمُ إلاَّ أن يحكمَ به حاكمٌ، أو يقول: إذا مِتُّ فقد وَقَفْتُه).

وأجمعت الأمةُ علىٰ جَواز أَصل الوَقف؛ لما رُوِي أنّه ﷺ: «تَصَدَّقَ بسبع حَوائط[1] في المدينة»[2]، وكذلك الصَّحابة ﷺ وقفوا[3]، والخليل صلوات الله عليه وَقَفَ وُقوفاً هي باقيةٌ جاريةٌ إلىٰ يومنا.

---

(١) هذا الحوائط من مخيريق النّضريّ الإسرائيليّ، من بني النضير، أسلم واستشهد بأحد، وكان أوصىٰ بها للنبيّ ﷺ، وهي سبع حوائط: الميثب، والصّائفة، والدّلال، وحُسنىٰ، وبرقة، والأعواف، ومشربة أم إبراهيم، فجعلها النَّبيُّ ﷺ صدقةً، كما في الإصابة ٦: ٤٦.

(٢) فعن عبد الله بن كعب بن مالك ﷺ، قال: «سمعت عمرُ بن عبد العزيز ﷺ يقول في خلافته بِخُنَاصرة، سمعتُ بالمدينة والنَّاس بها يومئذ كثيرٌ من مشيخة من المهاجرين والأنصار: أنَّ حوائطَ رسول الله ﷺ السَّبعة التي وقف من أموال مُخَيِّريق، وقال: إن أُصبت، فأموالي لمحمّد يضعها حيث أراه الله تعالىٰ، وقُتِل يوم أُحد، فقال رسول الله ﷺ: مُخَيِّريق خيرُ يهود» في الطبقات الكبرىٰ ١: ٥٠١، ومغازي الواقدي ١: ٢٦٣.

(٣) فعن أنس ﷺ: «قَدِمَ النبي ﷺ المدينة، وأمر ببناء المسجد، فقال: يا بني النجار، ثامنوني، فقالوا: لا نطلب ثمنه، إلا إلىٰ الله» في صحيح البخاري٣: ٢٠، وصحيح مسلم١: ١٢٣.

وعن عثمان ﷺ، قال ﷺ: «مَن حفر بئر رومة فله الجنة، قال: فحفرتها» في صحيح البخاري٥: ١٣ معلقاً، وسنن الدارقطني٥: ٣٥٥. وفي رواية: «لما قدم المهاجرون المدينة استنكروا الماء، وكانت لرجل من بني غفار عين يقال لها رومة، وكان يبيع منها

وإنَّما اختلفوا في كيفية جوازه:

قال أبو حنيفة وزُفر ﵄: شَرْط جَوازه أن يكون مُوصىً به، أو يقول: إذا مِتُّ فقد وَقَفْتُه، حتى لو لم يوص به لا يصحّ، ويَبْقى على ملكِه يجوز بيُعه ويُورثُ عنه، إلا أن يجيزَه الورثةُ، فيصير جائزاً ويتأبّد.

ولو قَضى القاضي بلزومِهِ لزم ونَفَذَ؛ لأنّه قَضاءٌ في مجتهدٍ، ولم يكن لغيرِه
إبطاله.

قال أبو يوسف ومُحمَّد ﵄: لا يُشترط لجوازِه شيءٌ من ذلك[1].

القربة بمُدٌ، فقال له النبي ﷺ: تبيعها بعين في الجنة؟ فقال: يا رسول اللهّ ليس لي ولا لعيالي غيرها، فبلغ ذلك عثمان ﵁ فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم ثم أتى النبي ﷺ فقال: أتجعل لي ما جعلت له؟ قال ﷺ: نعم، قال: جعلتها للمسلمين» في المعجم الكبير٢: ٤١.

(١) قال في «التتمة»: والمعول والفتوى على قولهما، حقائق، كما في الشلبي٣: ٣٢٥، وفي شرح الوقاية ٣: ٢٨٧: «وعليه الفتوى»، قال في التصحيح ص٢٨٨: «إنَّ الفتوى في جواز الوقف على قول أبي يوسف ومحمد﵄، وقال في «الحقائق»: قال في «التتمة» و«العون»: أنَّ الفتوى على قولهما، وقال في «مختارات النوازل»: والفتوى اليوم على إمضائه، وقال في الخلاصة: وأكثر أصحابنا أخذوا بقولهما، وقال في منية المفتي: الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف ومحمد ﵄»

وهذا بناءً علىٰ أنَّ الوقفَ عنده حبسُ العَينِ علىٰ ملكِهِ عَمَلاً بمقتضىٰ قوله: وقفتُ، والتَّصدُّقُ بثمرتِهِ وغلَّتِهِ المَعدومةِ علىٰ المساكين، ولا يَصِحُّ التَّصدُّقُ بالمَعدوم إلا بالوصيّة.

وعندهما: هو إزالةُ العين عن ملكِهِ إلىٰ الله تعالىٰ، وجعلُه مَحبوساً علىٰ حكمِ ملكِ الله تعالىٰ علىٰ وجهٍ يَصِل نفعُه إلىٰ عباده، فوَجَبَ أن يخرجَ عن ملكِهِ ويخلص لله تعالىٰ، ويَصير محرَّراً عن التَّمليك؛ ليَسْتديم نفعُه، ويستمرَّ رِفقُهُ للعباد.

لهما: أنَّ الحاجةَ ماسّةٌ إلىٰ لزومِ الوَقْفِ(١)؛ ليصل ثوابُه إليه علىٰ الدَّوام، وأنَّه ممكنٌ بإسقاطِ ملكِه، وجعله لله تعالىٰ كالمسجدِ، فيُجَعل كذلك.

قال النَّسفيُّ ﷺ: وكان أبو يوسف ﷺ يقول بقول أبي حنيفة ﷺ حتىٰ دخل بغداد، فسَمِعَ حديث عُمر ﷺ فرجع عنه، وقال: لو بَلَغَ هذا أبا حنيفة

---

(١) قال الطرابلسي في الإسعاف ص٣: «الوقف جائز عند علمائنا الثلاثة وأصحابهم، وذكر في الأصل: كان أبو حنيفة ﷺ لا يجيز الوقف، فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال: لا يجوز الوقف عنده، والصحيح أنَّه جائز عند الكل، وإنَّما الخلاف بينهم في اللزوم وعدمه، فعنده يجوز جواز الإعارة، فتصرف منفعته إلىٰ جهة الوقف مع بقاء العين علىٰ حكم ملك الواقف، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة، ويورث عنه، ولا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به القاضي، أو يخرجه مخرج الوصية، وعندهما: يلزم بدون ذلك، وهو الصحيح، وهو قول عامة العلماء».

رضي الله عنه لرجع إليه[١]، وهو ما رواه محمَّدُ بنُ الحسن عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه: «كان له أرضٌ تدعى ثمغ[٢]، وكانت نخلاً نفيساً، فقال عُمر: يا رسول الله إني استفدتُ مالاً نَفيساً أفأتصدق به؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تَصدَّق بأصلِهِ لا يُباع ولا يُوهبُ ولا يُورثُ، ولكن تُنْفِقُ ثمرتُه على المساكين، فتَصَدَّق به عُمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرِّقاب والمساكين وابن السَّبيل وذوي القُربى، ولا جُناح على مَن وليه أن يأكَلَ منه بالمَعروف أو

---

(١) هذا محل نظر، وليس الخلافُ بينهم في لزوم الوقف راجعٌ للأثر، وإنّما للعرف؛ لأن أحاديث الوقف كثيرة، ومثلها لا يخفى على عالم، فكيف على إمام مجتهد مطلق كأبي حنيفة، وكذلك فإن أوقاف الصحابة رضي الله عنهم كانت مشهورةً ومنتشرةً، كما يظهر لمن يُراجع «الاسعاف» للطَّرابلسي، ومثلُها لا يُمكن أن يخفى عن أبي حنيفة ، وقد حجّ خمسين حجةً، وكذلك فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: بلزوم الوقف إن قَضَى به قاض، وهذا يدلّ على معرفتِهِ بلزوم الوقف عند بعض العلماء، ولا شَكّ أنّ لهم أدلّتهم في ذلك، وبالتالي لم يقل أبو حنيفة رضي الله عنه بلزومه؛ لأن الوقف يكن معهوداً ومشهوراً في الكوفة بين النَّاس؛ لأنه عبارة عن فكرة في التَّصدق، وممكن أن تنتشر في مجتمع ولا تنتشر في غيره، فعندما كان النَّاس يطلقون الوقف في الكوفة فإنهم يريدون به التصدق بالمنفعة فقط لا العين، ولما تُعورف التصدق بالعين في الكوفة في زمن الصَّاحبين قالوا: بلزومه؛ لأنّا لا نستطيع أن نقول القائل ما لا يقصد، والله أعلم.

(٢) ثمغ: هي ضَيْعةٌ لعُمَرَ بن الخَطّاب رضي الله عنه، صَدَقةٌ مَوقُوفةٌ بالمدينةِ، كما في العين ٤: ٤٠٣، وينظر المغرب ١: ١٢٠.

يُوكِّلَ صَديقاً له غير متأثل»[١][٢].

ولأبي حنيفة ﷺ: قوله ﷺ: «لا حَبْسَ عن فَرائض الله»[٣]، وعن شُريح ﷺ: «جاء مُحَمَّدٌ ﷺ ببيع الحَبيس»[٤].

وعن عبد الله بن زيد، أنّه تَصَدَّقَ بضَيعةٍ له ، فَشَكاه أبوه إلى النَّبيِّ ﷺ، فقال له: «ارجع في صَدَقَتِك»[٥]، ولأنَّ شرائطَ الواقفِ تُراعى فيه.

ولو زال عن ملكُه لم تُراع كالمَسجد، ولأنَّه يَحتاجُ إلى التَّصدُّق بالغَلَّةِ دائماً، ولا ذلك إلا ببقاءِ العَيْن على ملكِهِ.

---

(١) أي: غير متخذ مالاً، كما في معالم السنن٤: ٨٦.

(٢) فعن ابن عمر ﷺ: «أنَّ عمرَ بن الخطاب ﷺ أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبيّ ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إنّي أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال ﷺ: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر ﷺ أنَّه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدّق بها في الفقراء، وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السّبيل، والضَّيف لا جناح على مَن وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول» قال: فحدثت به ابن سيرين، فقال: غير متأثل مالاً في صحيح البخاري٣: ١٩٨، وصحيح مسلم٣: ١٢٥٥..

(٣) فعن ابن عباس ﷺ في السنن الكبرى للبيهقي : ٢٦٨،وسنن الدارقطني ٥: ١١٩، وفي مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٥٥ قال علي ﷺ: «لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع».

(٤) في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٥٥.

(٥) بيض له ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٢٩٨.

ثمّ عند مُحَمَّدٍ لصحّةِ الوَقْف أربعةُ شرائط:

١. التَّسليمُ إلى المُتولي.

٢. وأن يكون مُفْرَزاً.

٣. وألا يَشْتَرِطُ لنفسِهِ شيئاً من مَنافع الوَقْف.

٤. وأن يكون مُؤبَّداً بأن يجعل آخره للفُقراء؛ لما روي عن عُمَر وابنِ عَبَّاس ومعاذٍ ﷺ أنهم قالوا: «لا تجوز الصَّدقة إلا محوزةً مَقْبوضة»[1]، ولأنَّ التَّمليكَ حقيقةٌ من الله تعالى لا يُتَصَوَّرُ؛ لأنّه مالك الأشياء، وإنَّما يثبتُ ذلك ضِمْناً للتَّسليم إلى العبد كالزَّكاة، ولأنّه متى كان له شيءٌ من منافع الوَقْف لم يخلص لله تعالى.

وقال أبو يوسف ﷺ: شيءٌ من ذلك ليس بشرطٍ؛ لأنّه إسقاطٌ، وصارَ كالإعتاق.

---

(١) فعن الزُّهري، قال: «تصدَّق رجل بمائة دينار على ابنه وهما شريكان، والمال في يدي ابنه، قال: لا يجوز حتى يحوزها، قضى أبو بكر وعمر ﷺ: إن لم يحز فلا شيء له» في مصنف ابن أبي شيبة ١٠: ٥١٩.

وعن عبد الرحمن بن عبد القاري، قال: قال عمر ﷺ: «ما بال رجال ينحلون أولادهم نحلاً، فإذا مات أحدهم، قال: مالي وفي يدي، وإذا مات هو، قال: قد كنت نحلته ولدي، لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد أو الوالد» في مصنف ابن أبي شيبة١٠: ٥٢٠.

وعن ابن عباس ﷺ، قال: «لا تجوز الصدقة حتى تقبض» في مصنف ابن أبي شيبة١٠: ٥٢٢.

وأخذ مَشايخُ خراسان بقولِ أبي يوسف ﵁ تَرْغيباً للنَّاس في الوَقف[1].

قال الخَصَّاف ﵁ [2]: ذكرُ الوَقْفِ ذكرٌ للتَّأبيدِ عند أبي يوسف ﵁، وعند محمد ﵁: لا بُدَّ من ذكره.

قال القاضي أبو عاصم: قول أبي يوسف ﵁ أقوىٰ لمقاربةٍ بين الوقفِ والملكِ؛ إذ في كلِّ واحدٍ منهما معنىٰ التَّمليك.

وقولُ مُحمّد ﵁ أَقْرَبُ إلىٰ موافقةِ الآثار، وبه أخذ مَشايخ بُخارىٰ.

---

(١) مشايخ بلخ اختاروا قول أبي يوسف ﵁، ومشايخ بخارىٰ اختاروا قول محمد ﵁، قال في «المحيط»: ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ﵁؛ ترغيباً للناس، وقال صاحب «التجنيس»: ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ﵁، ومشايخ بخارىٰ أخذوا بقول محمد ﵁، وبه يفتىٰ، ثم قال: وقول محمد ﵁ هو المختار للفتوىٰ، وقال في «الخلاصة»: ثم إنَّ أبا يوسف ﵁ في قوله الأول ضيّق غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة ﵁، وفي قوله الآخر وسّع غاية التوسعة، ومحمد ﵁ توسط بينهما، ولهذا أخذ عامة المشايخ بقوله، كما في التصحيح ص٢٨٧.

(٢) وهو أحمد بن عمرو الشَّيْبَانيّ الخَصَّاف، أبو بكر، وإنما اشتهر بالخَصَّاف؛ لأنه كان يأكل من صنعته، قال الحلواني: الخصَّاف رجل كبيرٌ في العلم، وهو ممَّن يصحُّ الاقتداء به، من مؤلفاته: «أدب القاضي»، و«النفقات على الأقارب»، و«أحكام الوقف»، (ت٢٦١هـ)، وقد قارب الثمانين. ينظر: الجواهر١: ٢٣٠-٢٣٢، وسير أعلام النبلاء١٣: ١٢٣.

قال: (**ولا يجوز وَقْفُ المَشاع**) عند مُحمَّدٍ ﷺ؛ لما ذكرنا من الأَثر، ولأنّ القَبْضَ عنده شَرْطٌ، ويجوز عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّ القِسْمةَ من تمامِ القَبْضِ، وليس بشَرْط عنده.

(**وإن حَكَمَ به جاز**) بالإجماع؛ لما مرّ، وإن طَلَبَ الشَّريكُ القسمةَ يُقْسَمُ؛ لأنّها إفرازٌ، وإن كان فيها معنى المُبادلة، إلا أنّا غَلَّبنا جهة الإفراز نظراً للوَقْف، فإن كان الشَّريكُ غيرَ الواقف يُقاسُمه؛ لأنّ الوِلايةَ له، وإن كان هو يُقاسِمُه القاضي؛ لئلا يتولّى الطَّرفين.

ولا يجوز أخذُ الدَّراهم للوَقف؛ لأنّه يصير بيعاً للوقف، ويجوز أن يُعطيه دراهم من الوقف؛ لأنّه يَصيرُ مُشترياً للوَقف.

وما لا يحتمل القِسْمةَ يجوز مع الشُّيوع عند مُحمّد ﷺ اعتباراً بالصَّدقة والهِبةِ.

ولا يجوز الشُّيوع في المَسْجِدِ والمَقْبرة بالإجماع؛ لأنَّ الشَّركةَ تُنافي الخلوص لله تعالى، والتَّهايؤ فيها قَبيحٌ بأن يُصلِّي فيه يَوْماً ويَسْكنُ يَوْماً، ويَدْفِنُ فيه شَهْراً، ويَزْرعُ شهراً، بخلاف غيرهما من الوقوف؛ لأنّ الاستغلالَ ممكنٌ غيرُ مُسْتَبْشَعٍ.

قال: (**ولا يجوز حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً**)، وقال أبو يوسف ﷺ: يجوز؛ لأنّ المقصودَ التقرُّبَ إلى اللهِ تعالى، وأنّه يحصلُ بجهةٍ تنقطع.

ولهما: أنَّ موجبَه زوالُ الملك بدون التَّمليكِ، وذلك بالتَّأبيدِ كالعِتْق، فإذا لم يتأبّد لم يَتَوَفَّر عليه مُوجَبُه؛ ولهذا يُبْطِلُه التَّوقيت، كما يُبطِلُ البَيْع.

ثمّ قيل: التّأبيدُ شرطٌ بالإجماع، إلا أنّ مُحمّداً رضي الله عنه اشترط ذكرَه؛ لأنّها صدقةٌ بالمَنْفعةِ أو بالغَلّة، وقد يكون مؤقّتاً ويكون مُؤبّداً، كما في الوَصيّة، ولا يتعيَّن التَّأبيد إلا بالتَّنصيص.

وعند أبي يوسف رضي الله عنه: لا يحتاج إلى ذكره؛ لأنّ ذكرَ الوَقْفِ يُنبئ عنه، كما ذكره الخصّاف رضي الله عنه.

قال: (**ويجوز وقفُ العقار**)؛ لما مَرَّ من النُّصوص والآثار.

(**ولا يجوز وقف المنقول**)، وقال أبو يوسف رضي الله عنه: إذا وَقَفَ ضَيعةً ببقرها وأَكرتها، وهم عبيده، جاز للتَّبعيّة، وكذلك وقفُ الدُّولاب ومعه سانيتُه وعليها حبلٌ ودلو.

ولو وَقَفَ بَيْتاً فيه كُوَّارة عَسَل جاز، وصار النَّحْل تابعاً للعَسَل.

ولو وَقَفَ داراً فيها حَمّامٌ أو بُرْجُ حَمَام صار الحَمام تَبَعاً له، وهذا لأنّ من الأحكامِ ما يَثْبُتُ تبَعاً، ولا يَثْبُتُ مَقْصوداً: كالشِّربِ في بيعِ الأرضِ والبِناءِ في الشُّفعةِ.

(**وعن مُحمّد رضي الله عنه: جَوازُ وقفِ ما جَرَى فيه التَّعامل كالفأسِ والقُدُومِ والمِنْشار والقِدْر والجِنازة والمَصاحف والكُتب**)؛ لوجود التَّعامل في هذه

الأشياء، وبالتَّعامل يُتْرَكُ القياس، كما في الاستصناع، قال ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[(١)].

(**بخلاف ما لا تعامل فيه**): كالثِّياب والأمتعة؛ لأنَّ من شرطِ الوقفِ التَّأبيدِ، كما بيَّنا، تَرَكْناه في السَّلاح والكُراع[(٢)] بالنَّصّ[(٣)]، وفيما جَرَى فيه التَّعامل بالتَّعامل، فبقي ما وراءه على الأصل.

(**والفتوى على قول مُحمّد** ﷺ)[(٤)]؛ لحاجة النّاس وتعاملهم بذلك.

قال: (**ويجوز حَبْسُ الكُراع والسِّلاح**): أي وَقْفُه في سبيل الله؛ لأنّ «خالد بن الوليد ﷺ وقف دروعاً في سبيل الله، وأجازه رسول الله ﷺ»[(٥)]، وجعل رجلٌ ناقتَه في سبيل الله فأراد آخر أن يحجَّ عليها فسأل رسول الله ﷺ

---

(١) سبقه تخريجه عن ابن مسعودٍ ﷺ موقوفاً في المستدرك٣: ٨٣، والمعجم الكبير ٩: ١١٢.

(٢) الكُراع: ما دون الكعب من الدواب، وما دون الركبة من الإنسان، ثمّ سمّي به الخيل خاصة، كما في المغرب ص٤٠٧.

(٣) قال النَّبيُّ ﷺ: «وأمّا خالد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله» في صحيح البخاري ٢: ٥٢٥ معلّقاً.

(٤) وعن نصير بن يحيى ﷺ: أنَّه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصاحف، وهذا صحيح؛ لأنَّ كلَّ واحد يمسك للدِّين تعليماً وتعلماً وقراءاً وأكثر فقهاء الأمصار على قول مُحمّد ﷺ، وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه، كما في العناية٦: ٢١٦-٢١٧.

(٥) سبق تخريجه قبل أسطر.

عن ذلك فقال: «**الحجُّ في سبيل الله**»[1].

و«طلحةُ رضي الله عنه حَبَسَ سلاحَه وكراعَه في سبيل الله»[2]: أي خَيْلَه، والإبل كالخيل؛ لأنّ العرب تُقاتل عليها، وتحمل عليها السَّلاح.

قال: (**ولا يجوزُ بَيْعُ الوَقف ولا تَمليكُه**)؛ لما مرّ من حديث عُمر رضي الله عنه [3]، ولأنّه يَبطلُ التَّأبيد، والمقصودُ من الوقفِ التَّأبيد.

قال: (**ويَبدأ من ارتفاعِ[4] الوَقْفِ** ....

(١) سبق تخريجه عن أم معقل رضي الله عنها: قالت: «تجهز رسول الله ﷺ للحج، وأمر النّاس أن يتجهزوا معه، قالت: وخرج رسول الله ﷺ، وخرج الناس معه، فلمّا قدم جئته، فقال: ما منعك أن تخرجي معنا في وجهنا هذا يا أم معقل؟، قلت: يا رسول الله، لقد تجهزت فأصابتنا هذه القرحة، فهلك أبو معقل، وأصابني منها سقم، وكان لنا حمل نريد أن نخرج عليه، فأوصى به أبو معقل في سبيل الله، قال ﷺ: فهلا خرجت عليه؛ فإنَّ الحج في سبيل الله» في صحيح ابن حبان٤: ٧٢، والمعجم الكبير٢٥: ١٥٤، والسنن الكبرى٦: ٤٨٨، والآحاد والمثاني٦: ٤٨، ومعرفة السنن٩: ١٨٠، وغيرها.

(٢) قال المخرجون: لن نجده، كما في الإخبار٢: ٢٩٩.

(٣) سبق تخريجه، وهو قول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين أراد وقف أرض له: «تصدق بأصلها، لا يباع ولا يورث ولا يوهب» في صحيح البخاري٣: ١٠١٧، وصحيح مسلم٣: ١٢٢٥.

(٤) أي: غلاّته التي تحصل منه، وهو من إطلاقات العُموم، وحيث يُسمون ما يحصل من الزَّرع ارتفاعاً، يُريدون بذلك الحاصل بالرِّفاع، وهو رفع الزَّرع إلى البَيْدر بعد الحصاد، كما في الدر المنتقى١: ٧٤١.

بعِمارتِه[1] **وإن لم يَشْرطها الواقف)** تحصيلاً لمقصودِه، فإنَّ قصدَه وُصول الثَّواب إليه بوُصُول المَنْفعة، أو الغَلّة إلى الموقوف عليه على الدَّوام، وذلك ببقاء أَصلِه، وأنّه بالعِمارة، فكانت العِمارة شَرْطاً لمقتضى الوقف.

(فإن كان الوَقْفُ على غَنِيٍّ عَمَّرَه من مالِهِ)؛ ليكون الغُنْمُ بالغُرْم؛ لأنّه مُعيَّنٌ يُمكنُ مُطالبتُه.

(وإن كان على فُقَراء فلا تُقَدَّرُ عليهم)، وغَلّةُ الوقفِ أَقْربُ أموالهم، فيَجِبُ فيها.

وإن وَقَفَ دارَه على سُكنى ولدِه، فالعِمارةُ على مَن له السُّكنى؛ لأنَّ الخَراجَ بالضَّمان كنفقةِ العَبدِ الموصى بخدمتِهِ.

(فإن أبى أو كان فَقيراً آجرها القاضي وعَمَّرَها بأُجرتِها ثمّ رَدَّها إلى مَن له السُّكنى) رعايةً للحَقَّين؛ لأنّه لو لم يُعمِّرها تَفُوتُ السُّكنى أَصلاً، فيَفُوتُ حقُّهم في السُّكنى، وحَقُّ الواقفِ في الثَّواب.

ولا يُكره المُمتنعُ عن العِمارة؛ لأنّه يُتْلِفُ مالَ نفسه، ولا يكون بامتناعِهِ راضياً ببطلان حقِّه؛ لأنّه في حيزِ التَّعارض.

ثمّ المُسْتَحَقُّ من العِمارةِ بقَدْر ما يَبْقى الموقوف على ما كان عليه.

---

(١) أي أنَّه يصرفُ الارتفاعُ إلى تعميرِ الموقوفِ إذا احتيجَ إليه؛ ليبقى ما كان على ما كان، ولا تجوزُ الزِّيادة عليه، وعليه فيمنعُ من الصَّرفِ إلى البياضِ والحمرةِ على الحيطانِ ونحو ذلك، إن لم يكن فَعَلَهُ الواقف، وإن فعله هو فلا منع، كما في البحر ٥: ٢٢٥.

وكذلك لو خَرِبَ يُبْني كما كان؛ لأنّ بتلك الصِّفة كانت غلَّتُه مصروفةً إلى الموقوفِ عليه، فلا حاجةَ فيه إلى الزِّيادة.

ومَن له السُّكنى لا يجوز إجارتُه؛ لعدم مالكيَّتِه.

قال: (**وما انْهَدَمَ من بناءِ الوقفِ وآلتِهِ صُرِف في عِمارتِهِ**)، مثل الآجر والخَشَبِ والقارِ[1] والأحجار؛ ليبقى على التَّأبيد، (**فإن استغنيَّ عنه حُبِسَ لوقتِ حاجتِه**)، فيُصْرَفُ فيها؛ لأنّه لا بُدّ من العِمارة، فيَحْبِسُه كيلا يَتَعَذَّرُ عليه وقتَ الحاجة.

(**وإن تَعَذَّرَ إعادةُ عينِه بيعَ ويُصْرَفُ الثَّمنُ إلى عِمارتِهِ**) صَرْفاً إلى مَصْرِف الأَصل، (**ولا يقسمه بين مُستحقِّي الوَقف**)؛ لأنَّ العَيْنَ حَقُّ اللهِ تعالى، وهذا منها، فلا يُصرَفُ إليهم غيرَ حقِّهم.

قال: (**ويجوز أن يَجْعَلَ الواقفُ غلّةَ الوَقفِ أو بعضَها أو الولاية إليه**)، وقد مَرَّ وجهُه، والاختلافُ فيه.

(**فإن كان غيرَ مأمونٍ نَزَعَه القاضي عنه وولى غيرَه**) نَظَراً للفُقراء: كإخراج الوَصِيِّ نظراً للصَّغير، وإن شَرَطَ أن ليس للقاضي عزلُه، فالشَّرطُ باطلٌ؛ لمخالفتِهِ حكمَ الشَّرْع.

---

(١) القار: وهو الزفت، كما في المغرب ٢: ٣٢١.

وإن مات القَيِّم في حياةِ الواقف نَصَّبَ غيرَه؛ لأنَّ الوِلاية له، ووصيُّه بمنزلتِهِ؛ لأنَّ ولايتَه للوَقْفِ نظريّةٌ، وهي فيما ذَكَرْنا، فإن كان لم يُوص إلى أَحَدٍ فالرَّأي للقاضي، ولا يُجعل القَيم من الأَجانب ما دام يجد من أهل بيتِ الواقفِ مَن يَصلح لذلك، إمّا لأنّه أَشْفق، أو لأنّ من قَصْدِ الواقف نسبةُ الوقف إليه، وذلك فيما ذَكَرنا، فإن لم يَجِدْ فمن الأجانب مَن يَصْلُح، فإن أَقامَ أَجنبيّاً ثمّ صارَ من ولدِه مَن يَصْلُحُ صرفَهُ إليه، كما في حقيقةِ الملك.

أربابُ الوقف المعدودون إذا نَصَّبوا مُتَوليّاً بدون رأي القاضي صَحَّ إذا كانوا من أَهل الصَّلاح، كما إذا اجتمع أَهلُ مَسْجدٍ على نَصْبِ متولٍّ جاز؛ لأنَّ الحقَّ لهم.

قال: (**ومَن بَنَى مَسْجداً لم يَزُلْ ملكُه عنه حتى يُفرزَه عن ملكِهِ بطريقِه**)؛ لأنّه لم يَخْلَصْ لله تعالى إلا به.

قال: (**ويَأذنُ بالصَّلاة فيه**) عند أبي حَنيفة ومُحمَّد ﵄؛ لأنّه تَسْليمٌ، وهو شَرْطٌ عندهما، وعند أبي يوسف ﵁: يصير مَسْجداً بمجرد قوله: «جعلته مسجداً»؛ لأنّ التّسليمَ ليس بشرطٍ كالإعتاق.

والفَرْق لهما: أنّ العبدَ في يدِ نفسِهِ، ولا كذلك المَسْجد.

والتَّسليمُ أن يُصلِّي فيه جماعةٌ في رواية الحَسَن ﵁؛ لأنَّ المَساجدَ بُنِيت للجَماعة.

ولو صَلَّىٰ فيه واحدٌ أو جماعةٌ وِحداناً في رِوايةٍ لا يصحُّ، وهو قولُ مُحمَّدٍ؛ لما بيّنّا، وفي رِواية: يصحُّ؛ لأَنَّه من خصائص المَساجد، وبها يَتَحرَّزُ عن حقوقِ العِباد، قال الله تعالىٰ: {وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ} [الجن: ١٨] أضافَها إلىٰ نفسِهِ إضافةَ اختصاصٍ كالكَعبة، ولهذا لا يصحُّ فيه شَرْط الخِيار، ولا تَعْيينُهُ الإمام، ولا مَن يُصلِّي فيه، بخلاف غير المَساجد حيث بَقِي مملوكاً يَنْتَفِعُ به كسائر المملوكات سكنىٰ وزراعةً، حتىٰ لو لم يَخْلَصْ المسجدُ لله تعالىٰ بأن كان تَحْتَه سِرْداب[1] أو فَوْقَه بيت، أو جَعَلَ وَسَطَ داره مسجداً وأَذِنَ للنَّاس بالدُّخول والصَّلاة فيه لا يصيرُ مسجداً ويُورَثُ عنه، إلا إذا كان السِّرْداب أو العُلو لِمصالح المسجد أو كانا وَقْفاً عليه.

وعن محمّد ﵁: أنّه لَمَّا دَخلَ الرَّيَّ أجاز ذلك بكلِّ حال لضيق المَنازل.

وعن أبي يوسف ﵁ مثلُه لَمَّا دَخَلَ بغداد.

ولو خَرِب ما حَوْل المَسْجد وتفرَّقَ النَّاس عنه يَعُودُ ملكاً ويُورَثُ عنه عند محمَّد ﵁ خلافاً لأبي يوسف ﵁[2].

---

(١) السرداب: بناء تحت الأرض يلجأ إليه من حَرّ الصَّيف، كما في المعجم الوسيط١: ٤٢٦.

(٢) أي لا يعود إلىٰ ملك الواقف عند أبي يوسف ﵁، فيباع نقضه بإذن القاضي، ويصرف ثمنه إلىٰ بعض المساجد، وهذا بناءً علىٰ اشتراط التَّسليم عند محمّد ﵁ ابتداءً، فكذا بقائه وعدمه عند أبي يوسف ﵁ مطلقاً، كما في الإسعاف ص١٥٩.

وذكر بعضُهم قول أبي حنيفة رضي الله عنه مع أبي يوسف رضي الله عنه، وبعضُهم مع محمّد رضي الله عنه.

قال: (**ومن بَنَى سِقايةً**[١] **للمسلمين أو خاناً**[٢] **لأبناء السَّبيل أو رِباطاً**[٣] **أو حَوضاً أو حَفَر بئراً أو جَعَل أَرضه مَقبرةً أو طَريقاً للنَّاس**)، فعند أبي حنيفة رضي الله عنه (**لا يَلْزَمُ ما لم يَحْكُمْ به حاكمٌ أو يُعلِّقه بموتِهِ**) على ما تَقَدَّمَ من أصلِه؛ لأنّه لم يَنْقَطِعُ حَقُّه عنه، حتى جاز له أن يَسْتقي ويَسْكُن ويَدْفن ويَشْرب من الحَوض، بخلاف المسجد؛ لأنّه لم يَبْقَ له فيه حقٌّ.

وعند أبي يوسف رضي الله عنه: يَلْزمُ بالقَول لما تَقَدَّم؛ إذ التَّسليم ليس بمَشْروطٍ.

وعند محمّد رضي الله عنه: يُشترط التَّسليم، وهو الاستقاءُ من السِّقاية والبئر، والدَّفن في المقبرة، والنُّزول في الخان والرِّباط، والشُّرب من الحوض، ويَكتفي فيه بفعل لواحد؛ لتَعَذُّر الجِنْس.

ولو نصَّبَ له متولٍّ وسَلَّمَه إليه جازَ؛ لأنّه نائبٌ عن الموقوفِ عليهم.

وكذلك إن سَلَّم المَسْجد إلى مُتَولٍّ يقومُ بمصالحه يجوز، وإن لم يُصَلِّ فيه هو الصَّحيح[٤].

---

(١) السقاية: الموضع الذي يتخذ لسقي الناس، كما في المصباح ص٢٨١.

(٢) الخان: وهو ما ينزل به المسافرون، كما في المصباح ص١٨٤.

(٣) الرباط: الذي يبنى للفقراء، كما في المصباح ص٢١٥-٢١٦.

(٤) الأصح أنه يجوز؛ لأن المسجد قد يكون له خادم يَكنس، كما في التبيين٣: ٣٣٠.

وكذا إن سَلَّمه إلى القاضي أو نائبه.

ويستوي في ذلك الفُقراء والأَغنياء عُرفاً لحاجة الكلّ إلى ذلك.

قال: (**والوقفُ في المَرضِ وَصِيَّةٌ**)؛ لأنّه تبرُّعٌ، فصار كسائر التَّبرُّعات.

قال: (**رِباطٌ استغني عنه يُصرَفُ وقفُه إلى أَقْرَبِ رباطٍ إليه**)؛ لأنّه أَصلح.

رباطٌ على بابِهِ قَنْطرةٌ ولا يُنْتَفع بالرِّباط إلاّ بالعُبور عليها وليس لها وقفٌ يجوز أن تُعَمَّر بها فَضُلَ من وَقْفِ الرِّباط؛ لأنّها مَصلحةُ العامّة.

(**ولو ضاق المسجدُ وبجنبِهِ طَريقُ العامّة يُوسَّع منه المَسْجد**)؛ لأنّ كليهما للمُسلمين، نصَّ عليه محُمّد رضي الله عنه.

(**ولو ضاقَ الطَّريقُ وُسِّعَ من المسجدِ**) عَمَلاً بالأَصلح.

ويجوز القَضاءُ بالشَّهادةِ القائمةِ على الوقفِ من غيرِ دَعْوى؛ لأنّه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مُدَّع، وهو مجتهدٌ فيه، فيَنْفَذُ بالإجماع.

فصل

وَقَفَ على الفُقَراء وله بِنْتٌ فَقِيرةٌ صَغيرةٌ، إن وَقَفَ في صِحَّتِهِ يجوز الصَّرْفُ إليها، وفي مَرَضِهِ لا؛ لأنّه بمِنْزلةِ الهِبةِ.

اشترى القَيِّمُ ثَوْباً وأَعطى المَساكين لا يجوز؛ لأنَّ حقَّهم في الدَّراهم.

إذا غَرَسَ القَيِّم في المَسْجد، فهو للمَسْجِدِ كالبناء.

وإن غَرَسَ على نَهْرِ العامّةِ فهو له، وله أن يَرْفَعَه؛ لأنّه ليس له ولايةٌ على العامّة.

ولا يجوز الوَقْفُ على الأَغْنياءِ وحدَهم؛ لأنّه ليس بقربةٍ، ولا يَسْتَجْلَبُ الثَّواب، وصار كالصَّدقة.

ولو وَقَفَ على الأغنياءِ وهم يُحصون، ثمّ من بعدهم على الفُقراءِ جاز، ويكون كما شَرَطَ؛ لأنّه قُرْبةٌ في الجملةِ بأن انقَرَضَ الأغنياء.

ولو قال: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ على الفقراءِ يدخلُ فقراءُ قرابتِه وأولادِه، وصَرْفُ الغَلّة إليهم أولى من صَرْفِها إلى الأجانب؛ لأنَّه صدقةٌ وصلةٌ، ثمَّ الصَّرْفُ إلى ولدِه أفضل؛ لأنّ الصَّلةَ في حقِّه أوجبُ وأَجْزل، ثم إلى قرابتِهِ، ثم إلى مَواليه، ثمّ إلى جيرانه، ثمّ إلى أَهْل مِصْرِه، أَقْرَبُهم مَنْزلاً إلى الواقف، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرَّازيّ[1].

وينبغي أن يُعطي الكلَّ في بعضِ الأَوْقات؛ لأنّه إذا صَرَفَ الكلَّ إليهم دائماً، وقَدُمَ العَهْدُ رُبَّما اتخذوه مِلكاً لأنفسِهم.

---

(١) وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري، لقب بالرأي لسعة علمه، وكثرة فقهه، أخذ عن أبي يوسف وزفر، قال حاجي خليفة: أول من ألف في الشروط والسجلات، ومن مؤلفاته: «الشروط»، و«أحكام الوقف»، ولعبد الله بن الحسين الناصحي كتاب «الجمع بين وقفي هلال والخصاف»، اختصر به كتابيهما وأضاف إليهما زيادات، (ت٢٤٥هـ). ينظر: الجواهر١: ٥٧١-٥٧٢، والأعلام٨: ٩٢.

ويُكره أن يُعطىٰ كلُّ فقير مئتي درهم؛ لأنّها صدقةٌ فأَشبهت الزَّكاة.

ولا يُكره ذلك إذا قال: علىٰ فُقَراء قَرابتِهِ؛ لأنّه كالوَصيّة.

وإذا وقفَ علىٰ ولدِهِ وولدِ ولدِهِ يَدْخُلُ فيه ولدُ صلبِهِ وولدُ ولده الموجودين يوم الوَقف وبعده، ويَشْترِكُ البَطْنان في الغَلّة، ولا يدخلُ مَن كان أَسْفل من هذين البَطْنين؛ لأنّه خَصَّهما بالذِّكر.

وفي دخول أولادِ البَنات روايتان تُذكر في الوَصايا إن شاء الله تعالىٰ.

ولو قال: علىٰ ولدي وولد ولدي وأولادِهم، تَدْخُلُ البُطونُ كلُّها وإن سَفُلُوا، الأقربُ والأبعدُ فيه سواءٌ؛ لأنّه ذَكَرَ أولادهم علىٰ العُمُوم.

ولو قال: علىٰ أولادي يَدْخُلُ فيه البُطونُ كلُّها؛ لعموم اسم الأولاد، ولكن يُقدَّم البَطْنُ الأَوَّل، فإذا انقرض فالثّاني، ثمّ مَن بعدهم يَشْتَرِكُ جميع البُطون فيه علىٰ السَّواء قَريبُهم وبَعيدُهم؛ لأنّ المُرادَ صلةُ أولادِه وبِرُّهم، والإنسانُ يقصدُ صلةَ ولده لصلبِهِ؛ لأنّ خدمتَه إيّاه أَكثر، وهم إليه أَقْرب، فكان عليه استحقاقُه أَرجح، ثمّ النَّافلةُ قد يخدمون الجدّ، فكان قصدُ صلتهم أَكثر، ومَن عدا هذين قَلَّ ما يدرك الرَّجل خدمتِهم، فيكون قصدُه بِرُّهم وصِلَتَهم لنسبتِهم إليه، لا لخدمتِهم له، وهم في النِّسبةِ إليه سواءٌ، فاستووا في غلَّة الاستحقاق.

وقفَ علىٰ فقراءِ قرابتِهِ، فمَن أَثْبت القَرابةَ والفقرَ بالبَيِّنة يَسْتَحِقُّ وإلا فلا، والبَيِّنةُ علىٰ القَرابةِ إن لم يُفسِّروها لا تُقْبلُ الشَّهادة؛ لتنوُّع القَرابة

واختلافها، كما إذا شَهِدوا أنّه وارثٌ لا تُقبَلُ ما لم يُفسِّروا جهةَ الإرث، والبَيِّنةُ على الفقرِ لا تُسمَعُ ما لم يَقُل الشُّهود: إنَّه فقيرٌ مَعدمٌ لا نعلمُ له مالاً ولا أحداً تلزمُه نفقتُهُ؛ لأنَّ كلَّ مَن له نفقةٌ على غيرِهِ بغيرِ قَضاءٍ لا حَظَّ له في هذا الوقف: كالولدِ الصَّغير ونحوه؛ لأنّهم يأخذون النَّفقة، فيصيرون بها أَغنياء.

ومَن لا يَسْتَحِقُّ النَّفقة إلا بقضاءٍ كالإخوة ونحوِهم له حَظٌّ في هذا الوَقف، والقَضاءُ بفقرِهِ في الوقفِ لا يكون قضاءً بفقرِهِ في حَقِّ الدَّين، والقضاء لفقرِهِ في حقِّ الدَّين قَضاءٌ بفقرِهِ في حقِّ الوقف؛ لأنَّ مَن له مَسْكنٌ وخادمٌ وعروضُ الكفاية فَقيرٌ في حقِّ الوقف دون الدَّين.

ولو قال: على أَقْرَبِ قَرابتي، فبنتُ بنت البنتِ أولى من الأخت لأبوين؛ لأنّها من صلبِهِ، والأختُ من صُلبِ أَبيه، ولا يعتبر الإرث.

فصلٌ

لا تجوز إجارةُ الوقف أكثر من المدّة التي شَرَطَها الواقف؛ لأنّه يجب اعتبار شَرْط الواقف؛ لأنّه ملكُه أخرجه بشرطِ معلوم، ولا يخرج إلا بشَرْطِهِ، فإن لم يَشْرِطْ مُدَّةً، فالمتقدمون من أصحابنا قالوا: يجوز إجارته أي مدّة كانت، والمتأخرون قالوا: لا يجوز أكثر من سنة؛ لئلا يتخذ ملكاً بطول المدّة، فتَنْدَرِسُ سِمة الوقفيّة، ويتسم بسِمة الملكيّة؛ لكثرة الظَّلَمة في زماننا، وتغلبِهم واستحلالِهم.

وقيل: يجوز في الضِّياع ثلاث سنين، وفي غير الضِّياع سنةً، وهو المختار[1]؛ لأنّه لا يترغب في الضِّياع أقلَّ من ذلك.

ولا تجوز إجارتُه إلا بأَجر المِثْل دَفْعاً للضَّرر عن الفُقراء، فلو آجره ثلاث سنين بأُجرة المِثْل، ثم ازدادت؛ لكثرة الرَّغبات لا تنقض الإجارة؛ لأنّ المعتبرَ أَجْرُ المِثْل يوم العَقد.

وليس للموقوف عليه إجارةُ الوَقف إلا أن يكون وَليّاً من جهةِ الواقف أو نائباً عن القاضي.

وإذا آجره القاضي أو نائبُه أو الوليُّ لا تَنْفَسخُ الإجارةُ بموتِهِ؛ لأنّه كالوَكيل عن الموقوفِ عليهم، والعُقُودُ لا تَنْفَسِخُ بموتِ الوَكيل.

ولو سَكَنَه الموقوفُ عليه إن شَرَطَ الواقفُ السُّكْنىٰ له فله ذلك، وإن شَرَطَ الغَلّة له، قيل: ليس له ذلك، وقيل: له؛ لأنّ له أن يُسْكِنَها غيرَه بالإجارةِ فهو أَوْلىٰ، والأَحوطُ أن يُؤجِّرها القَيِّمُ من غيرِه، ويُعطيه الأُجرةَ.

---

(١) فعن أبي حفص البخاري: أنَّه كان يجيز إجارة الضياع ثلاث سنين، فإن أجر أكثر من ثلاث سنين، اختلفوا فيه، قال أكثر مشايخ بلخ: لا يجوز، وقال غيرُهم: يرفع الأمر إلىٰ القاضي حتىٰ يبطله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، كما في الإسعاف ص١٤٩.
وقال شارح «المجمع»: ويختار للفتوىٰ أن تؤجر الضياع ثلاث سنين؛ لأن رغبة المستأجر لا تتوفر في أقل من هذه المدة، ويؤجر غير الضياع سنة، وهو قول الإمام أبي جعفر الكبير، كما في الشرنبلالية٢: ١٣٨.

ولا يجوز إعارةُ الوقفِ وإسكانُه؛ لأنّ فيه إبطالُ حقِّ الفُقراء.

ولا يصحُّ رهنُه، فإن سَكَنَه المُرتهنُ يجب عليه أجرُ مثلِه.

وكذا لو باع المُتولِّي مَنْزلاً مَوقوفاً فَسَكَنَه المُشتري، ثمّ فَسَخَ البيع، فعَلى المُشتري أَجرُ مثلِه، والفتوى في غَصْبِ عَقار الوَقفِ وإتلافِ مَنافعِه وُجُوبُ الضَّمان نَظَراً للوَقف، وهو المختار[1].

ولو استدان القيِّمُ للخراج والجبايات إن أمره الواقفُ بذلك جاز، وإن لم يأمره، فالأصحُّ[2] أنّه إن لم يكن له بُدّ من ذلك يَرْفَعُ الأمرَ إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثمّ يرجع في الغلّة.

قيّمٌ اشترى من غلّةِ المسجدِ حانوتاً للمسجد يجوز بيعُه عند الحاجة؛ لأنّه من غلّةِ الوقفِ وليس بوقفٍ؛ لأنّ صحّةَ الوقفِ تعتمدُ الشَّرائط ولم توجد فيه.

رجلٌ وَقَفَ على ساكني مدرسةٍ كذا من طلبةِ العلم، فسَكَنَها مُتَعَلِّمٌ لا يبيتُ فيها جاز له ذلك إن كان يأوي في بيتٍ من بيوتها، وله فيه آلةُ السُّكنى؛ لأنّه يُعَدُّ ساكناً فيه.

---

(١) والفتوى على أنَّه يجب أجر المثل، كما في الإسعاف ص١٥٠.

(٢) قال الصدر الشهيد: والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث إنه إذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي هذه الولاية، كما في المحيط٦: ١٤٨.

ولو اشتغل باللَّيل بالحراسةِ وبالنَّهار يُقَصِّرُ في التَّعليم، فإن كان مُشتغلاً بعمل آخر لا يُعدُّ به من طلبةِ العلمِ لا يحلّ له ذلك، وإن لم يشتغل، وهو يُعَدُّ من طلبةِ العلم حَلّ.

ولو وَقَفَ على ساكني مدرسةِ كذا ولم يَقُلْ من طلبةِ العلم، فهو والأوّل سواء؛ لأنّ التَّعارف في ذلك إنّما هو طلبةُ العِلم دون غيرهم.

ومَن كان يكتب الفقه لنفسه، ولا يتعلَّم، فله الوَظيفة؛ لأنّه مُتعلِّم، وإن كَتَبَ لغيره بأُجرةٍ لا يَحِلُّ له.

وإن خَرَجَ من المصرِ مَسِيرةَ ثلاثة أيّام فصاعداً لا وظيفة له؛ لأنّه لم يَبْقَ ساكناً، وإن خَرَجَ ما دون ذلك إلى بعض القُرى وأَقام خمسةَ عَشَرَ يوماً، فلا وظيفة له، فإن أَقام أقلَّ من ذلك، فإن كان لا بُدَّ له منه كطَلَبِ القُوت ونحوه، فله الوظيفة، وإن خَرَجَ للتَّنزُّه لا يَحِلُّ له.

* * *

كتابُ الهبة

وهي[1] العَطيةُ الخاليةُ عن تَقَدُّم الاستحقاق، يُقال: وَهَبْتُه ووَهَبْتُ منه، قال تعالىٰ: {يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُور} [الشورىٰ:

(١) اصطلاحاً: تمليك العين بلا عوض، كما في الكنز والتبيين٥: ٩١.

وشروط الهبة:

١. أن لا تكون معلّقة بما له خطرُ الوجود والعدم، من دخول زيدٍ وقدوم خالد والرقبىٰ ونحو ذلك، ولا مضافةً إلىٰ وقتٍ، بأن يقول: وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر كذا؛ لأنَّ الهبةَ تمليكُ العين للحال، وأنَّه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلىٰ الوقت، كالبيع.

٢. أن يكون الواهب ممن يملك التبرع.

٣. أن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد.

٤. أن يكون الموهوب مالاً متقوماً، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً: كالحر والميتة.

٥. أن يكون الموهوب مملوكاً في نفسه، فلا تجوز هبة المباحات.

٦. أن يكون الموهوبُ مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه.

٧. أن يكون الموهوب محوزاً، فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم.

٨. أن يكون الموهوب مقبوضاً، وله شروط:

٤٩]، والاتهاب: قَبول الهِبة، ولهذا شُرِطَ فيها القَبْض؛ لأنَّ تمامَ الإعطاءِ بالدَّفع والتَّسليم.

وهو أَمرٌ مندوبٌ، وصَنيعٌ محمودٌ محبوب، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا»(١)، وفي رواية: «تهابوا»(٢).

أ.أن يكون القبض بإذن المالك؛ لأنَّ الإذن بالقبض شرط لصحة القبض.

ب.أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء.

ج.أن يكون أهلاً للقبض، بأن يكون عاقلاً.

د.الولاية في أحد نوعي القبض، فإن لم يكن قبضاً بالأصالة كان بالولاية بطريق النيابة، فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره.

هـ.أن لا يكون الموهوب مَشغولاً بما ليس بموهوب؛ لأنَّ معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل، كما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسَلَّم الدار إليه، كما في البدائع٦: ١١٦-١٢٩.

(١) فعن عطاء بن عبد الله الخراساني رضي الله عنه، قال ﷺ: «تصافحوا يذهب الغُل، وتهادوا تحابوا، وتذهبُ الشَّحناء» في الموطأ٥: ١٣٣٤.

وعن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا، وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً، وأقيلوا الكرام عثراتهم» في المعجم الأوسط٧: ١٩٠.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا» في الأدب المفرد للبخاري١: ٢٠٨ ، وسنن البيهقي الكبير٦: ٢٨٠.

(٢) بيض له ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٣٠١.

وقبولُها سُنّةٌ، فإنّه ﷺ: «قبل هدية العبد»[1]، وقال في حديث بريرة رضي الله عنها: «هو لها صَدقةٌ ولنا هَديةٌ»[2]، وقال ﷺ: «ولو أُهدي إليَّ طعامٌ لقبلت، ولو دُعيتُ إلى كُراعٍ لأَجبت»[3].

وإليها الإشارةُ بقولِهِ تعالى: {فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا} [النساء: ٤]: أي طابت نفوسهنّ بشيءٍ من ذلك فوهبنه منكم {فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا} [النساء: ٤].

وهي نوعان: تمليكٌ، وإسقاطٌ، وعليها الإجماعُ.

قال: (**وتَصِحُّ بالإيجابِ والقَبول والقَبْض**).

أمّا الإيجابُ والقبولُ[4]؛ فلأنّه عقدُ تمليكٍ، ولا بُدّ فيه منهما.

---

(١) فعن سلمان رضي الله عنه، قال: «أتيت النبي ﷺ بطعام وأنا مملوك فقلت: هذه صدقة، فأمر أصحابه فأكلوا ولم يأكل، ثم أتيته بطعام فقلت: هذه هدية أهديتها لك أكرمك بها، فإني رأيتك لا تأكل الصدقة، فأمر أصحابه فأكلوا وأكل معهم» في مسند أحمد٣٩: ١٢٧.

(٢) سبق تخريجه عن عائشة رضي الله عنها في صحيح البخاري٢: ١٢٨.

(٣) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «لو دُعيت إلى كُراع لأجبت، ولو أهدي إلي كُراع لقبلت» في صحيح البخاري٧: ٢٥.

(٤) أي ركنها: هو الإيجاب والقبول، كما في التبيين٥: ٩١، وفي البدائع٦: ١١٦: «ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس: أن يكون ركناً وهو قول زفر رضي الله عنه»، قال الأتقاني: وأما ركنها، فقد اختلف المشايخ فيه: قال خواهر زاده في «مبسوطه»: هو مجرد إيجاب الواهب؛ ولهذا قال

وأمّا القَبْض؛ فلأنَّ الملكَ لو ثَبَتَ بدونه للزم المُتبرِّع شيءٌ لم يَلْتَزم، وهو التَّسليم، بخلاف الوَصيّة؛ لأنّه لا إلزامَ للميت؛ لعدم الأهليّة، ولا للوارث؛ لعدم الملك، ولأنّ الملكَ بالتَّبرُّع ضَعيفٌ لا يَلْزَمُ، وملك الواهب كان قوياً فلا يَلزمُ بالسَّبب الضَّعيف، وقد رُوِي عن جماعةٍ من الصّحابة ﵃ مَرفوعاً ومَوقوفاً: «لا تجوز الهِبةُ والصَّدقة إلا مَقْبوضةً مَحُوزةً»[1]، والمرادُ الملك؛ لأنّ الجوازَ ثابتٌ بدونه إجماعاً.

علماؤنا: إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب «التحفة»: وركنها الإيجاب والقبول؛ لأنَّ الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقَبول، كما في الشَّلبي٥: ٩١.

(١) قال السبط في الايثار ص٢٨٠: «هذا حديث غريب»، وقال ابن قطلوبغا ف في الإخبار٢: ٣٠٢: «لم يجده المخرجون مرفوعاً أصلاً لا عن جماعة ولا عن فرد، وأمّا الموقوفات فتَقَدَم منها ما ذكره عن عمر وابن عبّاس ومُعاذ ﵃».

فعن عمر ﵁: «لا يحلُّ إلا لَمن حازه فقبضه» في مصنف عبد الرزاق٩: ١٠٢، وعنه أيضاً ﵁: «الإنحال ميراث مالم يقبض» في السنن الصغرى ٢: ٣٣٨.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «إنَّ أبا بكر الصدِّيق ﵁ كان نحلها جَادَّ عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاةُ، قال: والله يا بنيّة ما من النَّاس أحدٌ أحبُّ إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعزُّ عليَّ فقراً بعدي منك، وإنّي كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه كان لك، وإنّما هو اليومُ مالُ وارث، وإنَّما هما أَخواك وأُختاك، فاقتسموه على كتابِ الله، قالت عائشة رضي الله عنها: فقلت: يا أبت، واللهِ لو كان كذا

قال: (**فإن قَبَضَها في المجلسِ بغيرِ إذنِهِ جاز، وبعد الافتراقِ يَفْتَقِرُ إلى إذنِهِ**)، والقياسُ: أن لا يجوز في الوَجهين إلا بإذنِهِ؛ لأَنَّه تَصرُّفٌ في مِلْكِ الواهبِ؛ لبقاءِ ملكِهِ قبل القَبْض.

وجه الاستحسان: أنّ التَّمليكَ بالهِبةِ تَسْليطٌ على القَبْض وإذنٌ له، فصار الموهوبُ له مأذوناً في القَبْضِ ضِمناً للإيجابِ واقتضاءً، والإيجابُ يقتصرُ على المجلس، فكذا ما ثَبَتَ ضِمْناً له، وكذلك الصَّدَقة، بخلافِ ما إذا نهاهُ عن القَبْضِ في المَجلس؛ لأنّ الثّابتَ ضِمْناً لا يُعارض الصَّريح، أو نقول: النّهيُّ رجوعٌ والقَبْضُ كالقَبُول، وأنّه يَمْلِكُ الرُّجوع قبلَ القَبول.

قال: (**وإن كانت في يدِهِ**) كالمودَعِ والمُستعيرِ والمستأجِرِ والغاصبِ (**مَلَكَها بمجردِ الهِبة**)؛ لأنّه إن كان قبضُها أَمانةً، فيَنُوبُ عن الهِبة، وإن كان ضَماناً، فهو أقوى من قبضِ الهِبة، والأَقوى يَنوب عن الأَدنى.

ولو وَهَبَ من رَجلٍ ثَوْباً، فقال: قَبَضتُه صار قابضاً عند أبي حنيفة ﵁، وجُعِل تمكنُه من القَبْضِ كالتَّخلية في البيع.

وقال أبو يوسف ﵁: لا بُدَّ من القَبْض بيدِهِ.

ولو قَبَضَ الموهوبُ له الهِبةَ ولم يَقُل: قَبِلتُ صَحَّت الهِبة.

وكذا لتركته، إنَّما هي أسماء فَمَنِ الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جاريةً، فَوَلَدَتْ جارية» في الموطأ٢: ٧٥٢، والجَدّ في الأصل: القطع، ومنه جَدَّ النخل صرمه، أي: قطع ثمره جداداً، فهو جاد، كما في المغرب ص١٣٤.

قال: (**وهِبةُ الأب لابنِهِ الصَّغيرِ تتمَّ بمجردِ العَقْد**)؛ لأنّها في يدِ الأب، وهو الذي يقبض له، فكان قبضُه كقبضِهِ، وكلُّ مَن يعولُه في هذا كالأبِ.

ولو وَهَبَ لابنِهِ الكَبيرِ، وهو في عيالِهِ فلا بُدّ من قبضِهِ؛ لأنّه لا ولاية له عليه، فلا يَقْبِضُ له.

قال: (**ويَمْلِكُ الصَّغير الهِبةَ بقبض وليّه وأمّه وبقبضِهِ بنفسِهِ**)، معناه: إذا وهبَه أَجْنبيٌّ فالوَليُّ كالأبِ ووصيه والجدِّ ووصيه؛ لقيامهم مقام الأب.

وكذا إذا كان في حجر أَجنبيٍّ يُربيه كاللَّقيط، وقد بيَّنّاه.

والأمُّ لها ولايةُ حفظِه، وهذا منه؛ لأنّه لا بقاء له بدون المال، فاحتاجت إلى ولاية التَّحصيل، وهذا منه.

وأمّا قبضُه بنفسِهِ، فمعناه إذا كان عاقلاً؛ لأنّه تَصَرُّفٌ نافعٌ، وهو من أهلِهِ.

ويجوز قبضُ الزَّوج لزوجتِهِ الصَّغيرة بعدما زُفَّت إليه؛ لأنّ الأبَ فوَّضَ أمرَها إليه، وذلك بعد الزَّفاف لا قَبْلَه، حتى يَمْلِكُه بحضرةِ الأب.

قال: (**وتَنْعَقِدُ الهِبة بقولِهِ: وَهَبْتُ**)؛ لأنّه صَريحٌ فيه.

(**ونَحَلْتُ**)؛ لكثرةِ استعمالها فيه، قال ﷺ: «أَكُلُّ وَلَدِكَ نَحَلْتَه هكذا؟»[1].

---

(١) فعن النعمان بن بشير رضي الله عنه، أنّه قال: «إن أباه أتى به رسول الله ﷺ، فقال: إني نحلت

(وأَعْطيتُ) صريحٌ أيضاً.

(وأَطْعمتُك هذا الطَّعام) لأنَّ الإطعام صريحٌ في الهبة إذا أُضيف إلى المَطْعوم؛ لأنّه لا يَطْعمُه إلا بالأكل، ولا أكل إلا بالملك.

ولو قال: أَطْعَمتُك هذه الأرض، فهو عاريةٌ؛ لأنّها لا تُطْعَمُ.

(وأَعْمَرتُك) هذا الشَّيء، وجَعَلْتُ هذه الدَّار لك عُمْرى[1]، قال ﷺ: «مَن أَعمرَ عُمْرى، فهي للمُعْمَّر له ولورثتِهِ من بعده»[2].

(وحَمَلْتُكَ على هذه الدَّابّة إذا نَوَى الهبة)[3]؛ لأنَّ المرادَ به الإركاب حقيقةً ويستعملُ في الهِبة، يُقال: حمل الأميرُ فلاناً على فرس: أي وهبه، فيُحمل عليه عقد الهِبة.

ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟، فقال: لا، فقال رسول الله ﷺ: فارجعه» في صحيح مسلم٣: ١٢٤١.

(١) لأنَّ معنى العمرى، هو التمليك للحال، واشتراط الاسترداد بعد موت الْمعمَّر له، فصح التمليك، وبطل الشرط؛ لأنَّ الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، كما في التبيين٥: ٩٣.

(٢) فعن جابر ﵁، قال ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنَّه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وَلِعَقِبِهِ» في صحيح مسلم٣: ١٢٤٧.

(٣) فعن ابن عمر ﵄: «أنَّ عمر ﵁ حمل على فرس في سبيل الله ﷻ فأعطاه رسول الله ﷺ رجلاً، فوافقه عمر ﵁ يبيعه، فقال عمر ﵁: يا رسول الله، أبتاع الفرس الذي حملت عليه؟ قال: لا تبتاعه، ولا ترجع في صدقتك» في مستخرج أبي عوانة١١: ٣٠٢،

(**وكسوتُك هذا الثَّوب**)، قال تعالى: {أَوْ كِسْوَتُهُمْ} [المائدة: ٨٩]، أراد تمليكُهم الكسوة، ويُقال: كساه ثوباً إذا وهَبَه.

ولو قال: منحتُك هذه الدَّار أو هذه الجارية، فهي عاريةٌ إلا أن ينوي الهِبة.

ولو قال ذلك فيما لا يُمكن الانتفاع به مع بقاء عينِهِ فهو هبةٌ: كالدَّراهم والدَّنانير والمَطعوم والمَشروب.

قال: (**وهبةُ المَشاع**[1] **فيما لا يُقسمُ جائزةٌ، وفيما يُقْسَمُ لا تجوز**)[2]؛ لأنّ القَبْضَ شرطٌ في الهِبة؛ لما رَوَينا، وأنّه غيرُ ممكن في المَشاع، ولو جَوَّزناه لكان له إجبارُ الواهب على القِسمة ولم يلتزمه فيكون إضراراً به، وما لا يُقسم الممكن فيه القبض النّاقص، فيكتفي به ضرورةً، ولا يلزم ضَررُ الإجبار على

ومسند أحمد٢: ١٠٢، قال الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين، والمنتقى١: ٩٩.

(١) العبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، حتى لو وهب مشاعاً وسَلَّم مقسوماً يجوز، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يُسلِّم ثم وهب النصف الآخر وسَلَّمه جازت الهبة، أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في أرض ثمّ سَلَّم بعد ذلك مفرزاً يجوز، كما في البناية٧: ٨٠٨.

(٢) ومعنى قوله: لا تجوز؛ أي لا يثبت الملك فيها؛ لأنَّها في نفسها وقعت جائزة لكن غير مُثبتة للملك قبل تسليمها محوزة، فإنَّه لو قسَّمها وسلَّمها مقسومة صحّت، كما في الجوهرة١: ٣٢٦.

القِسمة ببقاءِ الإجبار على المُهايأة، قلنا المُهايأة في المَنافع ولم يَتَبرَّع بها؛ لأنّ الهِبةَ صادفت العَين لا المَنافع.

قال: (**فإن قَسَمَ وسَلَّمَ جاز**)؛ لأنّ بالقَبض لم يَبْقَ شيوعٌ، وذلك (**كسهم في دار**، و)مِثْلُه (**اللَّبَنُ في الضَّرْع والصُّوف على الظَّهر والتَّمر على النَّخل والزَّرع في الأرض**)؛ لأنّ اتصالَ هذه الأشياء كالشُّيوع من حيث إنّه يَمْنَعُ القَبْض، وكذلك لو وَهَبَه من شريكِه لا يجوز؛ لعدم إمكان القبض.

قال: (**ولو وَهَبَه دَقيقاً في حِنطة، أو سَمْناً في لَبَنٍ، أو دُهْناً في سِمْسِم فاستخرجَه وسَلَّمَه لا يجوز**)؛ لأنّ الموهوبَ مَعدومٌ، فلا يكون مَحلًا للملك، فبطل العَقْدُ، فيَحْتاج إلى عقدٍ جديدٍ، أمَّا المَشاع، فمحلُّ التَّمليك، حتى جاز بيعُه دون ذلك.

قال: (**ولو وَهَبَ اثنان من واحدٍ جاز، وبالعَكس لا يجوز**)، أمّا الأوَّل؛ فلأنّهما سَلَّماها، والموهوبُ له قبضَها جملةً، ولا شُيوع ولا ضَرر، وأمّا الثَّانية فمذهب أبي حنيفة ﷺ، وقالا: يَصِحُّ أيضاً؛ لأنّها هبةٌ واحدةٌ، والتَّمليكُ واحدٌ، فلا شيوع ، وصار كالرَّهن من اثنين.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه وَهَبَ من كلِّ واحدٍ منهما النِّصف؛ لأنّه يثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما الملك في النِّصف، ألا ترى أنّه لو كان فيما لا يُقْسَم، فَقَبِلَ أحدُهما صحَّ في النِّصف، فكان تمليكاً للنِّصفِ، وأنّه شائعٌ، وأمَّا الرَّهن، فالمُسْتَحَقُّ فيه الحبسُ ويثبت لكلِّ واحدٍ كَمَلاً، وتمامُه مَرّ في الرَّهن.

قال: (**ولو تَصَدَّقَ على فقيرين جاز**)، وكذلك لو وهب لهما، (**وعلى غنيين لا يجوز**)، وقالا : تجوز في الغَنيين أيضاً؛ لما مَرَّ.

والفَرْقُ لأبي حنيفة ﵁: أنّ إعطاءَ الفَقير يُرادُ به وجه الله تعالى، فهو واحدٌ، وسواء كان بلفظِ الصَّدقةِ أو بلفظِ الهِبة ، وسواءٌ كان فقيراً واحداً أو أكثر، والإعطاءُ للغَني يُراد به وجه الغَني، وهما اثنان، فكان مشاعاً، والصَّدَقة على الغَنِي هبةٌ؛ لأنّه ليس من أَهلِ الصَّدقة.

قال : (**ومَن وَهَبَ جاريةً إلا حَمْلَها صحَّت الهِبةُ وبَطَلَ الاستثناء**) لما تقدَّم أنّ الاستثناءَ إنّما يَعْمَلُ فيما يَعْمَلُ فيه العَقد، والهِبة لا تصحُّ في الحَمْل، فكذا الاستثناء، فكان شَرْطاً فاسداً؛ والهِبةُ لا تَبْطُلُ بالشُّروط الفاسدة؛ لأنّه ﷺ أجاز العُمْرى وأبطل شَرْط المُعَمَّر[1]، بخلافِ البَيع، فإنّه يَفْسُدُ بالشُّروطِ الفاسدةِ؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بَيْع وشَرْطٍ»[2].

ولو دَبَّرَ الجَنين ثمّ وَهَبَها لم يجز، ولو أَعْتَقَه ثمّ وَهَبَها جاز، والفَرْقُ أن المُدبَّرَ مملوكُ الواهب، وأنّه متصلُ بالأُم اتصال خِلْقةٍ، فمَنَعَ صحّةَ القَبْض

---

(١) سبق ما يدل على ذلك، فعن جابر ﵁، قال: «قضى رسول الله ﷺ في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها وله إخوة، فقال رسول الله ﷺ: هي لها حياتها وموتها، قال: كنت تصدقت بها عليها، قال: ذلك أبعد لك» في سنن أبي داود٣: ٢٩٥، وسنن الكبرى للبيقهي٦: ٢٨٨.

(٢) سبق تخريجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﵁: «نهى ﷺ عن بيع وشرط» في مسند أبي حنيفة ص١٦٠، والمعجم الأوسط٤: ٣٣٥.

كالمَشاع، وفي الحُرِّ لم يَبْق ملكاً له، فالموهوبُ غير مشغول بحَقِّه، ولا مُتَّصلٌ به، فلا يَمْنَعُ الصِّحّة.

ولو وَهَبَه جاريةً على أن يُعتقَها أو يستولدها، أو على أن يُدَبِّرَها، أو داراً على أن يَرُدَّ عليه شيئاً منها أو يُعَوِّضَه عنها شيئاً، فالهبةُ جائزةٌ، والشَّرْطُ باطلٌ؛ لأنها شروطٌ تخالفُ مُقتضى العَقد، فكانت فاسدةً، وأنّها لا تُبْطِلُ الهِبة؛ لما مَرّ.

فصلٌ

المعاني المانعة من الرُّجوع في الهِبة[1]: المَحرميّةُ من القرابة، والزَّوجيّةُ، والمعاوضةُ، وخروجُها من ملكِ الموهوب له، وحدوثُ الزِّيادة أو التَّغيير في عينِها، وموتُ الواهبِ أو الموهوب له على ما نُبَيِّنُه إن شاء الله تعالى .

---

(١) العوارض المانعة من الرجوع:
١.هلاك الموهوب؛ لأنَّه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك، ولا سبيل إلى الرُّجوع في قيمته؛ لأنَّها ليست بموهوبة؛ لانعدام ورود العقد عليها.
٢.خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها؛ لأنَّ الملك يختلف بهذه الأشياء.
٣.الزيادة في الموهوب زيادة متصلة.
٤.العوض؛ لأنَّ التعويض دليل على أنَّ مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمنع الرجوع.
ما هو في معنى العوض، وهو ثلاثة أنواع:

قال: **(ويجوز الرُّجوع فيما يَهَبُه للأجنبيِّ)**؛ لقوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبْ منها»[1]: أي ما لم يعوض عنها.

(ويُكره) ذلك؛ لأنّه من باب الخَساسة والدَّناءة، وقال ﷺ: «العائد في هبته: كالكلب يعود في قَيْئِهِ»[2]، شَبَّهَهُ له لِخَساسةِ الفِعل، ودناءة الفاعل، وتأويل قوله ﷺ: «لا يحلُّ للواهبِ أن يرجعَ في هبتِهِ إلا الوالد فيما يَهَبُ لولده»[3]: أي لا يحلُّ له الرُّجوع من غير قَضاء ولا رضى إلا الوالد، فإنّه يَحِلُّ

١.صلة الرحم المحرم، فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من الواهب، لأنَّ صلة الرحم عوض معنى؛ لأنَّ التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة، وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان أقوى من المال.

٢.الزَّوجية، فلا يرجع كلّ واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه؛ لأنَّ صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة.

٣.الثواب، فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها؛ لأنَّ الهبةَ من الفقير صدقة؛ لأنَّه يطلب بها الثَّواب كالصَّدقة، ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها؛ لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله ﷻ، كما في البدائع٦: ١٢٨-١٣٤.

(١) فعن عمر وابن عباس وأبي هريرة ﵃، قال ﷺ: «الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُثَبْ» في المستدرك٢: ٦٠، وقال: حديثٌ صحيحٌ على شرط الشيخين، وسنن الدارقطني٣: ٤٣، وسنن ابن ماجه٢: ٧٩٨، وسنن البَيْهَقيّ الكبير٦: ١٨١.

(٢) فعن ابن عَبَّاس ﵄، قال ﷺ: «العائدُ في هبتِهِ كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» في صحيح البخاري٣: ١٥٨، وصحيح مسلم٣: ١٢٤١.

(٣) فعن ابن عمر وابن عباس ﵃، قال ﷺ: «لا يحلّ للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع

له ذلك عند الحاجة، فهذا الحَمَلُ أولى جمعاً بين الحديثين.

قال: (**فإن عوَّضه أو زادت زيادةً مُتصلةً**) في نفسها، (**أو مات أحدهما، أو خرجت عن ملك الموهوب له، فلا رجوع**)، أمّا إذا عَوَّضه، فلما رَوَينا من الحديث[1]، ولأنّ المقصودَ من الهِبة الَّتعويض عادةً، وقد حصل.

وأمَّا الزِّيادة كالسِّمَن والكِبَر والبناء والغَرس والصَّبغ والخِياطة؛ فلأنّه لا يُمكن الرُّجوع بدون الزِّيادة، ولا سبيل إلى الرُّجوع مع الزِّيادة؛ لأنّ العَقْد ما وَرَدَ عليها.

وأمَّا موتُ الواهب، فلا سبيل للوارث عليها؛ إذ هو أَجنبي من العقد.

وأمَّا مَوْتُ الموهوبِ له، فللانتقال إلى ورثتِهِ، والتَّمليك لم يُوجد منه، وصار كما إذا انتقلَ منه حال حياتِهِ.

وأمّا إذا خَرجَت من ملكِ الموهوب له، فلأنّه إنّما أخرجها بتسليطِهِ، فلا يَمْلِكُ نقضَه كالوكيل.

ونقصان الموهوب لا يَمْنَعُ الرُّجوع، بأن انتقصت قيمتُه أو انهدم البِناءُ أو ولدت الجارية، إلا أنّه لا يَرْجِعُ فيها، حتى يَسْتَغني عنها ولدُها.

فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، وَمَثَلُ الذي يعطي العطية ثمّ يرجعُ فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه» في سنن الترمذي٤: ٤٤٢، وقال: حسن صحيح، وصحيح ابن حبان١١: ٥٢٤، والمستدرك٢: ٥٣، وصححه، وسنن النسائي٤: ١٢١.

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

ولو وَهَبَه عبداً، فشَبَّ فازدادت قيمتُه، ثمّ شاخ، فنَقَصَت لا يرجع فيه؛ لأنّه ازداد في بدنِه، وطال في جُثَّتِه، ثم انتقص بوجهٍ آخر، وهو شَيْخوخَتُهُ، فلا يَرجعُ.

قال: (**ولا رُجوعَ فيما يَهَبُهُ لذي رَحْمٍ مَحْرَمٍ منه، أو زوجةٍ، أو زوجٍ**)؛ لأنّ المقصود صلة الرَّحم، وزيادة الألفة بين الزَّوجين، وفي الرُّجوع قطيعةُ الرَّحم والألفة، لأنّها تُورِثُ الوَحْشةَ والنُّفرةَ، فلا يجوز صيانةً للرَّحم عن القَطيعة، وإبقاءً للزَّوجية على الألفةِ والمودةِ، وفي الحديث: «إذا كانت الهِبة لذي رَحْمٍ مَحْرَم لم يرجع فيها»[1]، وسواءٌ كان أحدُ الزَّوجين مسلماً أو كافراً؛ لشمول المعنى.

ولو وَهَبَها ثمّ أَبانها لم يَرْجع.

ولو وَهَبَ أَجنبيّة، ثمّ تزوَّجها له الرُّجوع، والمعتبرُ المقصود وقت العقد.

وإن وَهَبَ لأخيه، وهو عبدٌ، له الرُّجوع.

وكذلك إن وَهَبَ لعبدِ أخيه عند أبي حنيفة ﵁، وقالا: لا رجوع له؛ لأنّ الملك وَقَعَ للمَولى، فكان هِبةً للأخ.

---

(١) فعن سمرة ﵁، قال ﷺ: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها» في المستدرك٢: ٦٠، وصححه، وسنن البيقهي الكبير٦: ٣٠٠.

وله: أنّ الهِبةَ وقعت للعبد، حتى اعتبر قَبُولُه ورَدُّهُ، والملكُ يقعُ له، ثم ينتقلُ إلى مولاه عند الفَراغ من حاجتِهِ، حتى لو كان مَديوناً لا يَنْتَقِلُ إلى مولاه، ولا صلةَ بينَه وبين العبد.

قال: (**ولو قال الموهوب له: خُذْ هذا بدلاً عن هبتِك، أو عِوَضها، أو مقابلها، أو عَوَّضَه أَجنبيٌّ مُتبرِّعاً، فقبضه سَقَطَ الرُّجوع**)؛ لأنّ هذه الألفاظ في معنى المعاوضة.

وكذلك لو قال: خُذْ هذا مكانَ هبتِك ، أو ثَواباً منها، أو كافأتك به، أو جازيتُك عليه، أو أَثَبْتُك، أو نَحَلْتُك هذا على هِبَتِك، أو تَصَدَّقتُ به عليك بدلاً عن هبتك، فهذا كلُّه عِوَضٌ، وحكمه حكمُ الهِبة، يصحُّ بما تَصِحُّ به الهِبة، ويَبْطُلُ بما تَبْطُلُ به، ويتوقَّفُ الملك فيه على القَبْض، ولا يكون في معنى المعاوضة أصلاً.

وإن لم يُضِفْ العِوَض إلى الهِبة بأن أَعْطاه شيئاً، ولم يَقُل عِوَضاً عن هبتِك لا يكون عِوَضاً، ولكلِّ واحدٍ منهما الرُّجوع.

فإن عَوَّضَه عن جميع الهِبة بَطَلَ الرُّجوعُ في الجَميع قَلَّ العِوَضُ أو كَثُرَ، وإن عَوَّضَه عن نصفِها، فله الرُّجوع فيما بَقِي؛ لأنّ المانعَ التَّعويض، فيَتَقَدَّرُ بقَدْره.

قال: (**ولو اسْتُحِقَّ نِصفُ الهِبة رَجَعَ**) بنِصفِ العِوَض؛ لأنّه ما عَوَّضه بهذا العِوَض، إلا لِيَسْلَمَ له جميع الموهوب، ولم يَسْلَم إلا نِصْفُهُ، فيَرْجِعُ بنِصْفِ ما عَوَّضَه.

(**وإن اسْتُحِقَّ بعضُ العِوَض لا يرجعُ بشيء منه**)، وقال زُفَر رضي الله عنه: يَرْجِعُ بحِصَّتِهِ من الموهوبِ اعتباراً بالعِوَض الآخر.

ولنا: أنّه لما اسْتُحِقَّ بعضُه ظَهَرَ أنّه ما عَوَّضَه إلا بالباقي، وهو يَصْلُحُ عِوَضاً عن الكلِّ، فلا يَرْجِعُ إلا أن يَرُدَّ الباقي، ثمّ يَرْجِع؛ لأنّه ما أَسْقَطَ حَقَّه في الرُّجوع بقَبُول العِوَض إلا لِيَسْلَمَ له جميعُ العِوَض، ولم يَسْلَم، فله رَدُّه، وإذا رَدَّه بَطَلَ التَّعويض، فعاد حقّ الرُّجوع.

قال: (**وإن استُحِقَّ جميعُ العِوَض رَجَعَ بالهِبة**)؛ لما بيَّنّا.

قال: (**والهبةُ بشرطِ العِوَض يُراعى فيها حُكْم الهِبةِ قَبْلَ القَبْض**)، فلا يَصِحُّ في المُشاع، (و)حكمُ (**البَيْع بعده**) رعايةً للفظ والمعنى.

وصورتُه: أن يَهَبَهُ عبداً على أن يُعَوِّضَه عنه ثوباً، فلكلِّ واحدٍ منهما الامتناع ما لم يَتَقابضا، كما في الهِبة، فإذا تَقابضا، صار بمَنزلةِ البَيع يُرَدَّان بالعيب وتجب الشُّفعة، وإن اسْتُحِقَّ ما في يدِ أحدِهما رَجَعَ بعَوِضِهِ إن كان قائماً، وبقيمتِهِ إن كان هالِكاً.

قال: (**ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلا بِتَراضيهما أو بُحكْم الحاكم**)؛ لأنّه فَصْلٌ مجتهدٌ فيه، مُختلَفٌ بين العلماء، فله الامتناع، وولايةُ الإلزام للقاضي، وإن

تَراضيا فقد أبطل حقَّه فيجوز.

(وإن هَلَكَت في يدِهِ بعد الحُكم) بالرَّدِّ **(لم يَضْمَن)**؛ لأنّه أمانةٌ في يدِه حيث قبضَه لا على وجه الضمان.

فصلٌ

(العُمْرى جائزةٌ للمُعْمَر حال حياتِه ولورثتِهِ) من **(بعد مماتِهِ)**، ويَبْطُلُ الشَّرط، **(وهي أن يجعلَ دارَه له عمرَه، فإذا مات تُرَدُّ عليه)**؛ لما تَقَدَّم من الحديث، ولما رُوِي أنّه ﷺ أجاز العُمْرَى وأَبْطَل شرط المُعْمِر[1]، ولو قال: داري لك عُمْرَى سكنى، أو نُحْلَى سُكْنى، أو سُكْنى صَدقةٌ، أو صدقةٌ عاريةٌ، أو عاريةٌ هبةٌ، أو هِبةٌ سكنى، أو سكنى هبةٌ، فهي عاريةٌ؛ لأنّ ذِكْر المَنفعة، وهي السُّكنى حقيقةٌ في العارية؛ لأنّ العاريةَ تمليكُ المَنفعة، وتحتملُ الهِبة، والحَمْل على الحقيقة أولى.

ولو قال: هِبُة تَسْكُنها، فهي هبةٌ؛ لأنّ قوله: «تَسْكُنها» مَشورةٌ وتَنْبيهٌ على المقصود، وليس بتفسير، بخلاف قوله: سُكْنى.

قال: **(والرُّقْبى باطلةٌ، وهي أن تقول:)** داري لك رُقْبى، ومعناه **(إن مِتُّ فهي لي، وإن متَّ فهي لك)** كأن كلَّ واحدٍ منهما، يرقبُ موتَ الآخر؛ لما

---

(١) سبق تخريجه عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنَّه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وَلِعَقِبِهِ» في صحيح مسلم٣: ١٢٤٧.

رَوَى شريحٌ ﵁: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ أجازَ العُمْرَى ورَدَّ الرُّقبى»[1]، ومرادُه الرُّقبى من التَّرَقُّب، أمّا من الإِرْقاب، ومعناه رقبةً داري لك، فإنّه يجوز، وهو مَحْمَلُ حديث جابر ﵁: «أنّ النَّبيَّ ﷺ أجازَ العُمْرى والرُّقبى»[2]، إلا أنّه مُحْتَمِلٌ، ولا تَثْبُتُ الهِبة بالشَّكِّ، فتكونُ عاريةً.

وقال أبو يوسف ﵁: الرُّقبى جائزةٌ؛ لحديث جابر ﵁، ولأنّ قولَه: «داري لك» تمليكٌ، وقوله: «رقبى» شرطٌ فاسدٌ لا يُبْطِلُ الهِبة.

ولهما: حديث شُريح ﵁، ولأنّه تعليقُ الملك بالخطر، فلا يصحّ، وإذا لم يصحّ يكون عاريةً عندهما؛ لأنّه يَقْتضي إطلاق الانتفاع به.

ولو قال: جميعُ مالي أو كلُّ شيءٍ أملكُه أو جميعُ ما أملكه لفلان، فهو هِبةٌ؛ لأنّ ملكَه لا يصير لغيره، إلا بتمليكِه.

ولو قال: جميعُ ما يُعْرَفُ بي أو يُنْسَبُ إليّ لفلانٍ، فهو إقرارٌ؛ لجوازِ أن يكون للمُقَرِّ له، وهو في يَدِ المُقَرِّ يُعْرَفُ به، ويُنْسَبُ إليه.

---

(١) فعن شريح ﵁: «أن رسول الله ﷺ أجاز العمرى، وردّ الرُّقبى» في الأصل لمحمد بن الحسن٣: ٣٩٧.

وعن طاووس ﵁، قال ﷺ: «لا تحل الرقبى، فمن أرقب رقبى فهو بسبيل ميراث» في سنن النسائي الكبرى٤: ١٢٧.

(٢) فعن جابر ﵁، قال ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها» في سنن الترمذي٣: ٦٣٣.

قال: (**والصَّدقةُ كالهِبة**) في جميع أَحكامها؛ لأنّه تبرُّعٌ، (**إلا أنّه لا رجوع فيها**)؛ لأنَّ المقصودَ منها الثَّواب، وقد حَصَلَ.

وكذا الهِبة للفقير؛ لأنَّ المقصودَ الثَّواب، وكذا لو تَصدَّق على غَنِيٍّ؛ لأنّه قد يَطْلُبُ منه الثَّواب بأن يُعينَه على النَّفقة؛ لكثرة عِياله، ويؤيِّد ذلك أنّه عَبَّر بالصَّدقة عنها.

قال: (**ومَن نَذَرَ أن يَتَصَدَّقَ بماله، فهو على جِنْسِ مالِ الزَّكاة**)؛ لأنَّ إيجابَ العبد معتبرٌ بإيجاب الله تعالى، وإيجابُ الله تعالى الصَّدقةُ المُضافةُ إلى المال، يَتَنَاولُ أموال الزَّكاة، قال الله تعالى: {خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ}[التوبة ١٠٣]الآية، فكذا إيجاب العبد، فيَتَصَدَّق بالذَّهب والفضَّة وعروض التِّجارة والسَّوائم والغَلَّة والثَّمرة العُشْرية والأرض العُشرية[١]، خلافاً لُمحمَّد ﵁؛ لأنّ الغالبَ في العُشْرِ معنى العِبادة، حتى لا تجب على الكافر، فكانت في معنى الزَّكاة، ولا يَتَصَدَّقُ بغير ذلك من الأموال؛ لأنّها ليست أَموالُ الزَّكاة.

وقال زُفر ﵁: يَتَناولُ جميعَ مالِهِ، وهو القياسُ عملاً بعموم اللفظ، وجوابُه ما مَرّ.

---

(١) فلا يلزم أن يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والأثاث والعروض التي لا يقصد بها التجارة والعوامل وأرض الخراج؛ لأنَّه لا زكاة فيها، ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأنَّه مال الزكاة، ألا ترى أنَّه إذا انضم إليه غيره تجب فيه الزكاة، ويعتبر فيه الجنس لا القدر، كما في البدائع ٥: ٨٨.

(و)لو نَذَرَ أن يَتَصَدَّقَ (**بمِلْكِهِ، فهو على الجَميع**)، وذكر الحاكمُ الشَّهيدُ ﷺ: أنّه والأوَّل سواءٌ في الاستحسان؛ لأنّ ذكر المال والملك سواء، وكذلك ذكر النَّسَفيّ ﷺ عنهما.

قال: وأبو يوسف ﷺ: فرَّق بينهما، وقال: لفظةُ الملك أعمُّ عُرْفاً.

والأوَّل أصحّ؛ لأنَّ الشَّرعَ إنّما أضافَ الصَّدقة إلى المال لا إلى الملك، وذلك يُوجِبُ تخصيصَ المال، فبقي الملك على عُمُومِه.

وإن لم يكن سوى مال الزَّكاة لزمه التَّصدُّقُ بالكلِّ بالإجماع.

(**ويُمْسِكُ ما يُنْفِقُهُ حتى يكتسبَ، ثمّ يَتَصدَّقُ بمثل ما أَمْسك**)؛ لأنّه لو تَصدَّقَ بالجميع احتاج أن يَسأل أو يَموت جُوعاً، وأنّه ضَررٌ فاحشٌ، فيُمْسِكُ قدرَ حاجتِهِ دَفْعاً للضَّرر عنه، ولم نُقَدِّره بشيءٍ؛ لأنّ النّاس يَخْتَلِفون في ذلك باختلافِ أَحْوالهم في النَّفَقات، فالحاصلُ أنّه يُمْسِكُ مِقدار كفايتِهِ في نفقتِهِ إلى أن يَقْدِرَ على أداءِ مِثْلِه.

ولو قال: داري في المَساكين صدقةٌ، فعليه أن يَتَصَدَّقَ بها، وإن تَصَدَّقَ بقيمتِها أَجزأه.

ولو قال الآخر: كلُّ ما يَصِلُ إليّ من مالِك، فعليّ أن أَتَصَدَّقَ به، فوَهَبَه شيئاً، فعليه أن يَتَصَدَّقَ به.

ولو أَذِنَ له أن يَأكل من طَعامِهِ لا يَتَصَدَّق به؛ لأنّ الإباحةَ لا يَمْلِكُه إلا بالأكل، وبعد الأكل لا يُمْكِن التَّصدُّق به.

كتاب العارية

وهي[1] مُشْتَقَةٌ من التَّعاوُر: وهو التَّداولُ والتَّناوبُ، يُقال: تَعاورنا الكلام بيننا: أي تَداولناه.

وسمَّى العَقْد به؛ لأنَّهم يَتَداولون العَيْن ويَتَدافَعونُها من يَدٍ إلى يَدٍ، أو من العَريّة، وهي العَطِيّةُ، إلا أنّ العَريّةَ اخْتَصَّت بالأَعيان، والعاريةُ بالمَنافع، وسُمِيت به؛ لِتَعَرِّيه عن العِوَض.

وهي عقدٌ مُستحبٌّ شَرْعاً، مَنْدوبٌ إليه؛ لما فيه من قَضاءِ حاجةِ المسلم، وقد نَدَبَ الشَّرعُ إليه، قال تعالى: {وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى} [المائدة: ٢]، وقال ﷺ: «لا يَزال اللهُ في عَوْنِ المسلم ما دامَ في عَوْنِ أخيه»[2].

---

(١) لغةً: مشتقّةٌ من العار منسوبة إليه ووزنها فعلية؛ لأنَّ طلبَها عار، كما في التبيين٥: ٨٣.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: قال ﷺ: «مَن نَفَّسَ عن مؤمن كربةً من كُرب الدُّنيا، نَفَّسَ اللهُ عنه كَرْبةً من كُربِ يوم القيامة، ومَن يَسَّرَ على مُعْسِرٍ، يَسَّرَ اللهُ عليه في الدُّنيا والآخرة، ومَن سَتَرَ مُسلماً، سَتَره الله في الدنيا والآخرة، واللهُ في عَوْن العبد ما كان العبد في عَوْن أخيه» في صحيح مسلم٤: ٢٠٧٤.

وذَمَّ تعالىٰ علىٰ منعِهِ، فقال: {وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ} [الماعون: ٧]: أي العَواري من القِدْرِ والفأس ونحوه، وقال ﷺ: «العاريّةُ مَرْدُودةٌ»(١)، و«استعار ﷺ دروعاً من صفوان ﵁(٢)»(٣)، ولأنّ التّمليكَ نوعان: بعِوَض، وغير

---

(١) فعن أبي أمامة الباهلي ﵁، قال: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجّة الوداع: «إنَّ الله قد أعطىٰ لكلّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصية لوراث، الولد للفراش وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله ﷻ، ومن ادعىٰ إلىٰ غير أبيه أو انتمىٰ إلىٰ غير مواليه فعليه لعنة الله التَّابعة إلىٰ يوم القيامة، لا تنفق امرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها، قيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا، ثم قال: العارية مؤداة والمنحةُ مردودةٌ والدَّين مَقضي والزَّعيم غارم» في سنن الترمذي٤: ٤٣٣، وسنن أبي داود٢: ١٢٧، وسنن النسائي الكبرىٰ٤: ١٠٧، وغيرها.

(٢) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجمحيّ القرشي المكيّ، أبو وهب، صحابي، فصيح جواد، كان من أشراف قريش في الجاهلية والإسلام، وكان من المؤلفة قلوبهم، وأسلم بعد الفتح لما رأىٰ من كثرة ما أعطاه رسول الله ﷺ فقال: والله ما طابت بهذا إلا نفس نبي، فأسلم، وحسن إسلامه، وشهد اليرموك، له في كتب الحديث (١٣) حديثاً، ومات بمكة سنة (٤١هـ). ينظر: الأعلام ٣: ٢٠٥، وأسد الغابة ٢: ٤٠٦.

(٣) فعن أُناس من آل عبد الله بن صفوان: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «يا صفوان، هل عندك من سلاح؟»، قال: عور أم غصباً، قال: «لا، بل عور» فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً، وغزا رسول الله ﷺ حُنيناً، فلما هزم المشركون جمعت دروع صفوان ففقد منها أدراعاً، فقال رسول الله ﷺ لصفوان: «إنا قد فقدنا من أدراعك أدراعاً، فهل نغرم لك؟» قال: لا، يا رسول الله، لأنَّ في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ، في سنن أبي داود ٣: ٢٩٦، وقال أبو داود: «وكان أعاره قبل أن يسلم، ثم أسلم»، وشرح مشكل الآثار ١١: ٢٩١، والمعجم الكبير للطبراني ٨: ٥٠، وسنن الدارقطني ٣: ٤٥٣، وغيرها.

عِوَض، والأعيان قابلةٌ للنَّوعين بالبَيع والهِبة، فكذا المَنافع بالإجارةِ والإعارةِ.

قال: (**وهي هِبةُ المنافع**)، وقال الكَرخيّ ﵁: إباحةُ المَنافع حتى لا يَمْلِكُ المستعيرُ إجارةً ما استعار، ولو مَلَكَ المَنافع لملك إجارتها، والأوَّل الصَّحيح(١)؛ لأنّ المُستعيرَ له أن يُعير.

ولو كانت إباحةً لما مَلَكَ ذلك، كمَن أُبيح له الطَّعام ليس له أن يُبيحَه لغيره، ولأنّ العاريةَ مُشْتقةٌ من العَرية، وهي العَطيّةُ، وإنّما لم تجز الإجارة؛ لأنّها تمليكٌ مؤقَّتٌ يَنْقطعُ حقُّه عنها إلى انتهاء المدّة، والعاريةُ تمليكٌ على وجهٍ لا ينقطع عنها متى شاء، فلو جازت الإجارةُ يلزم المُعيرُ من الضَّرر ما لم يَلْتزمه، ولا رَضِي به فلا يجوز، أو نقول: الإجارةُ أَقْوى وألزم من الإعارة، والشَّيءُ لا يَسْتتبعُ ما هو أقوى منه.

قال: (**ولا تكون إلا فيما يُنْتفعُ به مع بَقاء عينِه**).

اعلم أنّ الإعارةَ نوعان: حقيقةٌ، ومجازٌ.

فالحقيقةُ: إعارةُ الأَعيان التي يُمكن الانتفاع بها مع بَقاء عينها: كالثَّوب والعبد والدَّار والدَّابّة.

والمَجازُ: إعارةُ ما لا يُمكن الانتفاعُ به إلا باستهلاكِهِ كالدَّراهمِ

---

(١) اختاره في المبسوط ١١: ١٣٣، والوقاية والتبيين٥: ٨٣، والبحر٧: ٢٨٠.

والدَّنانير والمَكيل والمَوزونِ والعَدَدي المُتقاربِ، فيكون إعارةً صُورةً قَرْضاً مَعنى؛ لأنّه رَضِي باستهلاكِهِ ببدلٍ، فكان تَمليكاً ببدلٍ، وهو القَرْض.

ولو استعارَ دراهم؛ لِيُعاير بها مِيزانَه، أو يُزيِّنُ بها حانوتَه، ليس له أن يتعدَّى ما سَمَّى من المَنفعة، ولا يكون قَرْضاً كاستعارةِ الحُليّ.

قال: (**وهي أمانةٌ**) لا يضمنها من غير تعدٍّ[1]، قال ﷺ: «ليس على المُستعير غير المُغلّ ضَمان»[2]، ولأنّه قَبَضَه من يدِ المالك لا على وجهِ الضَّمان؛ لأنّ اللفظَ يقتضي تمليك المنافع بغير عِوَض لغةً وشرعاً؛ لما بيّنّا، فلم يكن مُتعدّياً.

وتأويلُ ما رُوِي: «أنه ﷺ استعار دُروعاً من صَفوان، فقال: أَغَصباً تأخذُها يا مُحمّد؟ فقال: لا، بل عاريةٌ مُؤدّاةٌ مَضمونة»[3]: أي واجبةُ الرَّدِّ، مضمونةً بمئونةِ الرَّدِّ توفيقاً بين الحديثين بالقَدْر الممكن.

قال: (**وتصحُّ بقولِهِ: أَعَرْتُك**)؛ لأنّه صَريحٌ فيه.

---

(١) ولو بشرط الضمان، فإنَّه شرط باطل، كما في المحيط، وفي التبيين٥: ٨٥: «العاريةُ إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية»، وصاحب الجوهرة جزم بأنَّ العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يقل في رواية، وفي البَزّازيّة: أعرني هذا على أنَّه إن ضاع فأنا ضامنٌ وضاع لم يضمن، كما في مجمع الأنهر٢: ٣٤٧.

(٢) سبق تخريجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ في سنن الدارقطني٣: ٤٥٦.

(٣) سبق تخريجه قبل أسطر أول الكتاب.

(وأَطْعَمْتُكَ هذه الأَرض)؛ للاستعمال فيه.

(وأَخْدَمتُك هذا العبد)؛ لأنّ منفعةَ العبدَ خدمتُه، وقد أَذِن له في استخدامِه.

(ومَنَحْتُك هذا الثَّوب[1]**)**.

وحملتُك على هذه الدّابّة إذا لم يرد بهما الهِبة)؛ لما مَرّ في الهِبة.

(وداري لك سُكْنى)؛ لأنّ معناه سُكْناها لك.

(أو سُكْنى عُمْرَى)[2]؛ أي سُكناها لك عُمْرَك.

قال: **(وللمُسْتعير أن يُعيرها إن لم يختلفْ باختلافِ المُسْتَعْمِلِين، وليس له إجارتُها)**؛ لأنّه مَلَكَ المَنافع، فيُمَلِّكُها غيرَه كالمُوصى له بالخِدْمة، بخلافِ الإجارة على ما مَرّ.

ثمّ العاريةُ على أربعةِ أَوْجهٍ:

---

(١) معناه: إذا لم يُرد به الهبة؛ لأنَّ المنحَ لتمليك العين عرفاً، وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع، وأصلُه أن يعطي الرجلُ ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردّها إذا ذهب درها، ثم كثر ذلك حتى قيل في كلّ مَن أعطى شيئاً منح، وإذا أراد به الهبة أفاد ملك العين، وإلا بقي على أصل وضعه، كما في شرح الوقاية٤: ٢٥٩، والتبيين٥: ٨٤.

(٢) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره: أعمرتها لك عمري، والعمرى جعل الدار لأحد مدّة عمره، وسكنى تمييز، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٥٩.

أحدُها: أن تكون مُطلقةً في الوَقتِ والانتفاع، كمَن استعارَ دابّةً أو ثَوْباً، ولم يُبيِّن وَقْتاً مَعْلوماً، ولا عَيَّن مَن يَسْتَعْمِلَه، فله أن يَسْتَعْمِلَه في أي وقتٍ شاء، في أي منفعةٍ شاء، ويُرْكِبُ ويُلْبِسَ غيرَه عملاً بالإطلاق، فلو رَكِبَ هو، أو لَبِسَ ليس له أن يُركبَ غيرَه ولا يُلبسَه.

وكذا لو رَكِبَ غيرُه لا يَرْكَبُ هو على ما بيَّناه في الإجارة.

والثَّاني: أن تكون مُقَيَّدةٌ فيهما بأن استعارَه يوماً؛ ليستعمله بنفسِهِ، فليس له أن يُرْكِبَ غيرَه ولا يُلْبِسَه غيرَه؛ لاختلافِ ذلك باختلافِ المُسْتَعْمِلين، وله أن يُعيرَها للحَمْل؛ لأنّه لا يَتفاوت.

وكذا له أن يُعيرَ العبدَ والدَّارَ؛ لعدم التَّفاوت.

والثَّالثُ: إذا كانت مُطلقةً في الوقتِ مُقيَّدةً في الانتفاع بأن استعارَها؛ ليحمل عليها حِنْطة، فله أن يحملَ الحِنْطة متى شاء.

والرَّابعُ: إذا كانت مُقيَّدةً في الوَقْتِ مُطلقةً في الانتفاع، بأن استعارَ دابّةً يوماً، ولم يُسَمِّ ما يُحمل عليها، فله أن يَحْمِل ما شاءَ في اليوم.

فإن أَمْسَكَها بعد الوقتِ ضَمِنَ إن انتفع بها في اليوم الثَّاني.

وقيل: يَضْمَنُ بمجردِ الإمساكِ؛ لأنّه أَمْسكَ مالَ الغير بغير إذنِهِ، وهو الصَّحيح[1].

---

(١) وصححه في الشلبي ٥: ٨٩، ومجمع الضمانات ١: ٥٦.

وإن اختلفا في الوقتِ والمكانِ، وما يُحْمَلُ عليها، فالقَولُ قولُ المُعير مع يمينِهِ؛ لأنّ الإذنَ منه يُستفادُ، فيَثْبُتُ بقَدْرِ ما أَقرَّ به، وما زادَ فالمستعيرُ مُستعملٌ فيما لم يُؤذنُ له فيَضْمَن.

قال: (**فإن آجرها، فهَلَكَت ضَمِن**)؛ لأنّه مُتْعَدٍّ حيث تَصرَّف في ملك الغير بغير أَمره، فكان غاصِباً، (**وللمُعِيرِ أن يُضَمِّنَ المُسْتعيرَ**)؛ لما بيّنّا، (**ولا يَرجعُ على المُستأجر**)؛ لأنّه تَبيّن أنّه آجره مِلكَه، وله أن يُضَمِّنَ المُستأجِرَ؛ لأنّه قبَضَ ماله بغير أَمره، (**ويَرْجِعُ على المُسْتعيرِ**) إذا لم يعلم أنّه عاريةٌ دفعاً لضررِ الغَررِ عنه، بخلافِ ما إذا عَلِم.

قال: (**فإن قيَّدَها بوقتٍ، أو منفعةٍ، أو مكانٍ ضَمِن بالمُخالفةِ إلا إلى خَيْر**)، وقد بيَّنّاه بتمامِه في الإجارة.

(**وعند الإطلاق له أن يَنْتَفِعَ بها في جميع أنواع منفعتِها ما شاء ما لم يُطالبه بالرَّدِّ**) عَمَلاً بالإطلاق.

قال: (**ولو أَعار أرضَه للبناء والغَرْس فله أن يَرْجِعَ**)؛ لأنّه عَقْدٌ غيرُ لازم، وهذا؛ لأنّ المَنافعَ توجدُ شَيئاً فشيئاً، وتُمْلَكُ كذلك، فما لم يوجد بعد لم يُقْبِض، فله الرُّجوعُ فيه، وقال ﷺ: «العاريةُ مردودة»[1].

قال: (**ويُكلِّفَه قلعهما**)؛ لأنّه لمّا صحَّ الرُّجوع بقي المستعير شاغلاً ملك المعير، فعليه تفريغها، فإن لم يكن وقَّت فلا شيء عليه؛ لأنَّ ما أصاب

---

(١) سبق تخريجه قبل صفحات.

المستعير إنّما أصابه بفعلِ نفسِه.

(وإن وَقَّتَ وأخذَها قبل الوقتِ كُرِه له ذلك)؛ لأنّه أَخْلَفَ وعدَه، **(ويَضْمَنُ للمُستعير قيمتَه ويَمْلِكَه)** نَظَراً للجانبين.

وقال زُفر رضي الله عنه: لا ضَمان عليه؛ لأنّه لمّا عَلِم أن له ولاية الأخذ فقد رَضِي بذلك.

ولنا: أنّه غَرَّه بالتَّأقيتِ؛ إذ الظَّاهر الوَفاء بالوَعْدِ، فيَرْجِعُ إليه إذا أَخْلَفَ؛ لأنّ ما أصابه إنّما أَصابه من جهتِهِ بخلافِ غير المؤقَّتِ.

(وللمُسْتعير قلعُه)؛ لأنّه ملكُه، **(إلا أن يكون فيه ضَررٌ كثيرٌ بالأرض)**، فيخيّر المُعير؛ لأنّ الأصلَ له، وهو راجعٌ على التَّبع، **(فإن قَلَعَها فلا ضَمان عليه)**، وقيل: إذا كَلَّفَه المُعيرُ قلعَها قلعَها، ويَضْمَن المُعير ما نقصا بالقَلْع؛ لأنّه خَدَعَه حيث ضَمِن له الوَفاء إلى آخر الوقت الذي وقَّتَه ولم يفِ له.

قال: **(فإن أعارها للزِّراعةِ فليس له أخذها قبل حَصْدِهِ، وإن لم يوقِّت)** فتَبْقَى بالأُجرة؛ لأنّ فيه مُراعاةَ الجانبين دفعاً للضَّرر عن المُستعير، ومراعاةَ حقِّ المُعير؛ لأنّ بقاءَه مُدةً قليلة، بخلاف الغَرْس والبِناء؛ لأنّه لا نهايةَ لهما، فيَقْلَعُ دَفْعاً لضرر المُعير.

دَخَلَ الحَمّام، واستعمل قصاعَ الحَمّامّي، فانكسرت أو أَخذ كُوز الفُقَّاع[1]؛ ليشرب فانكسر، أو دَخَلَ مَنْزِل رجلٍ بإذنِهِ فأخذ منه إناءً بغير إذنِهِ؛ لينظر إليه أو لِيَشْرَب فوقع من يدِه، فانكسر فلا ضَمان عليه؛ لأنّه مأذونٌ في ذلك دلالةً.

استعار كتاباً؛ ليقرأ فيه، فوَجَدَ فيه خطأً، إن عَلِم أن صاحبَه لا يُكره إصلاحَه أَصْلَحَهُ، وإلا فلا، والظَّاهرُ أنّه لا يُكره، فلا بأس به.

قال: (**وأُجرة رَدِّ العارية على المُسْتعير**)؛ لأنّ قبضَه لمنفعتِهِ، فوجَبَ الرَّدُّ عليه، والأجرةُ مئونةُ الرَّدِّ[2].

(و)أُجْرةُ رَدِّ (**المُستأجرُ على الآجر**)؛ لأنّ مَنفعةَ القَبْض حصلت له، وهي الأُجرة، فلا يكون الرَّدُّ واجباً على المُستأجر، فلا يَلزمُه الأُجرة[3].

---

(١) الفُقّاع: شراب يصنع من العسل، وأكثر ما يصنع من الزبيب، كما في عمدة القاري ٢١: ١٧٠.

(٢) الأصلُ: أنَّ مؤنةَ الردّ تجب على مَن وقع القبض له، فالمستعيرُ قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه؛ ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردّها حتى هلكت ضَمِنَ، كما في التبيين ٥: ٨٩.

(٣) ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه؛ لأنا نقول: إنَّ ما حصل له منفعة، وهي عرض يفنى، وما حصل للمؤجر عين تبقى، فكان هو بالوجوب أولى، كما في التبيين ٥: ٨٩.

قال: **(وإذا رَدَّ الدَّابّة إلى اصطبل مالكِها برئ)** استحساناً، والقِياس أنّه لا يَبْرأُ؛ لعدم الرَّدِّ إلى المالك.

وجه الاستحسان: أنّ العادةَ جرت بالرَّدِّ إلى الاصطبل، فإنّه لو سَلَّمها إليه رَدَّها إلى الاصطبل، والمعتادُ كالمنصوص عليه.

ولو كان عبداً، وردَّه إلى دار مالكه فكذلك.

(وكذا ردُّ الثَّوب إلى دارِه)؛ لما بيّنّا.

(و)لو رَدَّ العاريةَ **(مع مَن في عِياله، أو عبدِه، أو أجيرِه الخاصِّ برئ)**؛ لأنّها أمانةٌ، فصارت كالوَديعة[1].

وكذا لو رَدَّها إلى عبدِ المعير، أو مَن في عِياله برئ؛ لأنَّ المالكَ يحفظها بهؤلاء عادةً.

وقيل: المرادُ بالعبد: الذي يقوم عليها.

وذكر في «المنتقى»: لو كانت العاريةُ شيئاً نَفِيساً: كالجَوْهرِ ونَحْوِه لا يَبْرأ بالرَّدِّ إلى هؤلاء؛ لأنّه لم تجرِ العادةُ بطرحِهِ في الدَّارِ، وتسليمِهِ إلى غلمانِهِ.

والمستأجرُ في رَدِّ العين المُستأجرةِ كالمُستعير.

---

(١) لأنَّ منفعةَ القبض حاصلة له؛ لأنَّه لحفظ العين، ومنفعة حفظها عائد إليه، فكانت مؤنة ردها عليه، كما في التبيين٥: ٨٩.

وفي الغصب لا يبرأ في الجميع إلا بالرَّدِّ إلى مالكِه[1]؛ لأنّ ضَمانَ الغَصْب واجبٌ، فلا يَسْقُطُ إلا بالرَّدِّ إلى المالك أو نائبِهِ حقيقةً، بخلاف العارية؛ لأنّها غيرُ مضمونةٍ.

* * *

(١) لأنَّ الغاصبَ يجب عليه نسخ فعله، وذلك بردّها وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت؛ لأَنَّه هو الذي أزال يده متعدياً، ففي ردّها براءة ذمّته، فيكون عليه مؤنة ردّها دفعاً للضرر عن المالك، كما في التبيين٥: ٨٩.

كتاب الغَصْب

(وهو) في اللُّغةِ[1]: أَخْذُ الشَّيء ظُلْماً، يُقال: غَصَبْتُهُ منه، وغَصَبْتُهُ عليه بمِعْنَى، قال تعالى: {يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا} [الكهف: ٧٩]: أي ظُلْماً، ويُسْتَعْمَلُ في كلِّ شيءٍ، يُقال: غصبتُ ولدَه وزَوْجتَه.

وفي الشَّرع: **(أخذُ مالٍ مُتَقوَّمٍ محترمٍ مملوكٍ للغيرِ بطريقِ التَّعدّي)**، واشترط أبو حنيفة وأبو يوسف ﭬ كَوْن المَغْصوب قابلاً للنَّقل والتَّحويل على وجه يَتَضَمَّنُ تفويتَ يدِ المالك، ولم يَشْتَرِطْ ذلك مُحمّدٌ ﭬ، ويَظْهَرُ في غَصْبِ العَقارِ على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

فلو استخدمَ مملوكَ غيرِه بغيرِ أَمْره، أو أَرْسَلَه في حاجتِهِ، أو رَكِبَ دابَّتَه أو حَمَلَ عليها أو ساقَها فَهَلَكَتْ كان غاصِباً؛ لأنّه أَثْبَتَ اليدَ المُبْطِلةَ المفوِّتةَ.

ولو جَلَسَ على بساطِ الغَيرِ أو هَبَّت الرِّيح بثوبٍ إنسانٍ فألقته في حِجْرِهِ لا يكون غاصباً ما لم يَنْقُلْهُ أو يُمْسِكْه.

---

(١) لغةً: أخذ الشيء ظلماً وقهراً، كما في المغرب ص٢٤٠.

وهو تَصرُّفٌ مَنهيٌّ عنه حرامٌ؛ لكونه تَصَرُّفاً في مال الغيرِ بغيرِ رضاه، قال الله تعالىٰ: {لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ} [النساء: ٢٩]، ولأنّ حرمةَ مال المسلم كحُرْمةِ دَمِهِ، قال ﷺ: «كلُّ المسلم علىٰ المسلم حرامٌ دمُهُ وعرضُهُ وماله»(١)، وقال ﷺ: «لا يَحِلُّ مال امرئ مسلم إلا بطيبِ نفس منه»(٢).

وعلىٰ حرمتِهِ الإجماع، وهو من المُحرَّمات عَقْلاً؛ لأنّ الظُّلْمَ حرامٌ عَقْلاً علىٰ ما عُرف في الأُصول.

والغَصبُ علىٰ ضَرْبين:

أحدُهما: لا يَتَعَلَّقُ به إثمٌ، وهو ما وَقَعَ عن جَهْل: كمَن أَتْلفَ مال الغير، وهو يَظُنُّ أنّه ملكُه، أو مَلَكَه ممَّن هو في يدِهِ وتَصَرَّفَ فيه واستهلكه، ثمّ ظَهَرَ أنّه لغيرِ ذلك، فلا إثمَ عليه، قال ﷺ: «رُفِع عن أُمتي الخَطأُ

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا تحاسدوا، ولا تناجشوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، ولا يبع بعضكم علىٰ بيع بعض، وكونوا عباد الله إخوانا المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخذله، ولا يحقرُه التقوىٰ هاهنا» ويشير إلىٰ صدره ثلاث مرّات «بحسب امرئ من الشَّرِّ أن يحقرَ أخاه المسلم، كلُّ المسلم علىٰ المسلم حرامٌ دمُه ومالُه وعرضُه» في صحيح مسلم٤: ١٩٨٦.

(٢) فعن عمرو بن يثربي رضي الله عنه، قال ﷺ: «ألا ولا يحل لامرئ من مال أخيه شيء، إلا بطيب نفس منه» في مسند أحمد٣٤: ٥٦٠، وشرح مشكل الآثار٧: ٢٥٢.

والنِّسيان»[1]، الحديث، معناه الإثم.

والثَّاني: يَتَعَلَّقُ به الإثم، وهو ما يأَخذُه على وجِهِ التَّعدِّي، فإنَّه يأثم بأخذِهِ وإمساكِهِ.

قال: (**ومَن غَصَبَ شيئاً، فعليه رَدُّه في مكانِ غَصْبِهِ**)؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[2]، وقال ﷺ: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا جادّا ولا لاعباً، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردَّها عليه»[3]، ولأنّه يجب عليه رَفْعُ الظُّلم، وذلك بما ذكرنا.

ويَرُدُّه في مكانِ غَصْبِهِ؛ لأنّ القيمةَ تتفاوت بتفاوتِ الأَماكن، والأَعْدلُ ما ذَكَرنا.

قال: (**فإن هَلَكَ، وهو مِثْليٌّ فعليه مِثْلُه**)، قال تعالى: {فَاعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا اعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ}[البقرة: ١٩٤]، ولأنَّ المثلَ أعدلُ؛ لوجودِ المالية

---

(١) فعن أبي ذر الغفاري ﷺ، قال ﷺ: «إن الله قد تجاوزَ عن أمتي الخطأ، والنِّسيان، وما استكرهوا عليه» في سنن ابن ماجة ١: ٦٥٩، وصحيح ابن حبان١٦: ٢٠٢.

(٢) فعن سمرة ﷺ، قال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» في سنن الترمذي٣: ٥٦٦، وسنن أبي داود٢: ٣١٩.

(٣) فعن عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده ﷺ، قال ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لا لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها» في المعجم الكبير٢٢: ٢٤١، وسنن أبي داود٢: ٧١٩، والآحاد والمثاني٥: ٣٢٥، وسنن البيهقي الكبير٦: ٩٣.

والجنسِ.

(**وإن لم يكن مِثلياً**): كالحَيَوان والعَدَدي المُتفاوت والمزروع، (**فعليه قيمتُه يوم غَصْبهِ**)؛ لأنّ القِيمةَ تَقُومُ مَقام العَيْن من حيث الماليّة عند تَعَذُّر المماثلة دفعاً للظُّلم وإيصالاً للحقِّ إلى مستحقِّه بقدرِ الإمكان، وسواءٌ عجز عن ردِّه بفعلِهِ أو فعلِ غيرِه أو بآفةٍ سماويةٍ؛ لأنّه بالغَصْبِ صار مُتعدّياً ووجب عليه الرَّدّ، وقد امتنع، فيَجِبُ الضَّمانُ، وتجبُ القَيمةُ يومَ الغَصْب؛ لأنّه السَّببُ، وبه يدخل في ضَمانه.

(**وإن نَقَصَ ضَمِن النُّقصان**) اعتباراً للجُزء بالكلّ.

(و)أمّا المثليُّ (**إذا انقطع تجب قيمتُه يوم القَضاء**) عند أبي حنيفة ﵁. وقال أبو يوسف ﵁: يوم الغصب، وقال مُحمَّدٌ ﵁: يوم الانقطاع؛ لأنّ الواجبَ المِثْل، ويَنْتَقِلُ إلى القِيمة بالانقطاع، فيُعْتَبرُ يومئذٍ.

ولأبي يوسف ﵁: أنّه لمّا انقطعَ التحقَ بذوات القِيم، فتُعْتَبَرُ قيمتُه؛ إذ هو السَّبب الموجب.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ الانتقالَ بقضاءِ القاضي لا بالانقطاع، حتى لو لم يتخاصما، حتى عادَ المِثْل وَجَبَ، فإذا قَضَى القاضي تعتبُر القيمة عنده، بخلاف ذوات القِيم؛ لأنّه مطالبٌ بها من وقتِ وجودِ السَّبب، وهو الغَصْب، فتُعتبرُ قيمتُه عند السَّبب.

قال: (**وإن ادَّعى الهلاكَ حَبَسَهُ الحاكمُ مُدّةً يَعْلَمُ أنّها لو كانت باقيةً أظهرَها، ثمّ يقضي عليه ببدلِها**)؛ لأنّ الظّاهرَ بقاؤها، وقد ادَّعىٰ خلافَه، ونظيرُه إذا طُولب بثمن المَبيع فادَّعىٰ الإفلاس، وقد مَرَّ في الحجر، فإذا حُبِسَ المدةُ المذكورةُ قَضَي عليه بالبَدَل؛ لما مَرّ.

قال: (**والقَوْلُ في القِيمةِ قولُ الغاصبِ مع يَمينِهِ**)؛ لأنّه يُنكرُ بالزِّيادة، وإن أقام المالكُ البيِّنَةَ علىٰ الزِّيادةِ قُضِي بها؛ لأنّها حُجةٌ مُلزمةٌ.

قال: (**فإذا قَضَي عليه بالقِيمة مَلَكَه مُستنداً إلى وقتِ الغَصب**)؛ لأنّه قابل النَّقل من ملكٍ إلىٰ ملكٍ، وقد مَلَكَ المالكُ بدلَه، فيَمْلِكُ الغاصبُ المبدلَ؛ لئلا يجتمعَ البدلُ والمبدلُ في ملكٍ واحدٍ دَفْعاً للضَّرر عنه، (**وتَسْلَمُ له الأكسابُ**)؛ للتَّبعية.

(**ولا تَسْلَمُ له الأولاد**)؛ لأنّ تبعيتَهم فوقَ تبعيّةِ الأكساب، ألا يرىٰ أن وَلَدَ المُدَبَّر والمُكاتَب مَدَبَّرٌ ومُكاتَبٌ، ولا تكون أكسابهما مُدَبَّراً ومُكاتَباً.

قال: (**فإذا ظَهَرَت العينُ وقيمتُها أكثرَ، وقد ضَمِنَها بنكولِهِ أو بالبَيِّنةِ أو بقولِ المالك، سَلِمَت للغاصب**)؛ لأنّه مَلَكَها برضى المالك، حيث ادَّعىٰ هذا القدر.

(**وإن ضَمِنَها بيمينِهِ، فالمالكُ إن شاء أَمضى الضَّمان، وإن شاء أخذ العَين وردَّ العِوَض**)؛ لأنّه ما رَضِي به، وإنّما أخذه لعجزه عن الوصول إلىٰ كمال حَقِّه كالمكرَه.

وكذا لو ظَهَرَ وقيمتُه مِثْل ما ضَمِن أو أَقلّ؛ لأنّه لم يَرْضَ حيث لم يُعْطَه ما ادّعاه، فيثبتُ له الخِيار.

قال: (**ويَضمَنُ ما نَقَصَ العَقار بفعلِهِ ولا يَضْمَنُه لو هَلَكَ**).

وقال مُحمّدٌ رضي الله عنه: يَضْمَنُ العَقار بالغَصب.

وصورتُه: أنّه مَن سَكَنَ دارَ غيره أو زرَعَ أرض غيره بغير إذنِهِ، ثمّ خربت الدَّار أو غَرِقَ العَقار.

لمُحمّد رضي الله عنه: أنّه تحقَّقَت اليد العادية، ويلزم من ذلك زَوال يد المالك؛ لأنّ اجتماعَ اليدين في محلٍّ واحدٍ من زمانٍ واحدٍ محالٌ، فتحقَّق الغَصب، ولأنَّ كلَّ حكمٍ يتعلَّقُ بالنَّقل فيما يُنقلُ يَتَعلَّقُ بالتَّخلية فيما لا يُنْقَل كدخول المَبيع في ضَمان المشتري.

ولهما[1]: قوله صلى الله عليه وسلم: «مَن غَصَبَ شِبْراً من أرضٍ طوَّقه الله تعالى من سَبْعِ أرضين»[1]، والنَّبيُّ صلى الله عليه وسلم ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضَّمان، ولو وجب لذكره، ولأنّ هذا تصرُّفٌ في المالك؛ لأنّ العقارَ لم يَزُل عن مكانِه الذي

---

(١) قال في التصحيح: والصحيح قولهما واعتمده النسفي والمحبوبي وصدر الشريعة والموصلي، اهـ. لكن في القُهُستانيّ: والصحيح الأول في غير الوقف والثاني في الوقف، كما في العمادي وغيره، وفي الدر: وبه يفتى في الوقف، ذكره العيني، كما في اللباب ١: ٣٤٠.

كانت يدُ المالك ثابتة عليه، والتَّصرُّف في المالك لا يوجبُ الضَّمان، كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هَلَك، ولأن ما لا يَجب القَطْع بسرقتِهِ لا يتعلَّق به ضَمان الغصب كالحرّ.

وأمّا إذا هَدَمَ البناءَ وحَفَرَ الأرضَ فيَضْمَنُ؛ لأنّه وُجِدَ منه النَّقْلُ والتَّحويل، وأنّه إتلافٌ، ويَضْمَنُ بالإتلافِ ما لا يَضْمَنُ بالغَصبِ كالحُرّ، وإنّما انهدم بسكناه فقد تَلِفَ بفعلِه، والعَقارُ يُضْمَنُ بالإتلافِ وإن لم يُضْمَنُ بالغَصْبِ، ولأنّه تَصرَّف في العين.

(فإن نَقَصَ بالزَّراعة يضمن النُّقصان)؛ لما مَرّ، **(ويأخذ رأسَ ماله ويتصدَّقُ بالفضل)**، معناه يأخذ من الزَّرعِ ما أخرج عليه من البِذْر وغيره، ويَتَصَدَّق بالفضل.

(وكذا المودَع والمستعير إذا تصرّفا وربحا تصدَّقا بالفَضْل)، وقال أبو يوسف ﵁: يطيب له الفَضْل؛ لأنّه حَصَلَ في ضمانِهِ لملكِهِ الأصل ظاهراً، فإنّ المضمونات تملك بأداءِ الضَّمان مُستنداً على ما تَقَدَّم.

ولهما: أنّه حصلَ بسببٍ خبيثٍ، وهو التَّصرُّفُ في ملكِ الغير، والفَرْعُ يحصلُ على صفةِ الأصل، والملكُ الخَبيثُ سبيلُه التَّصدُّق به.

---

(١) فعن سعيد بن زيد ﵁، قال ﷺ: «مَن أخذ شبراً من الأرض بغير حقّه طوَّقه في سبع أرضين يوم القيامة» في صحيح مسلم٣: ١٢٣٠، وفي رواية البُخاري٢: ٨٦٦: «مَن ظلم من الأرض شيئاً طوَّقه من سبع أرضين».

ولو صَرَفَه في حاجةِ نفسِه جاز، ثمّ إن كان غَنِياً تَصَدَّق بمثلِهِ، وإن كان فقيراً لا يَتَصَدَّقُ.

ولو لقي المالكُ الغاصبَ في غير بلدِ الغَصب، فطالبَه بالمغصوبِ، فإن كان دراهم أو دنانير دفعَها إليه؛ لأنّها ثمنٌ في جميع البلاد، وإن كانت عَيْناً، وهي قائمةٌ في يدِه أُمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتُها في الموضعين سواءٌ؛ لأنّه لا ضررَ فيه على المالك، وإن كانت قيمتُه أقلّ من بلدِ الغَصب، فإن شاء أخذَه، وإن شاء طالبَه بالقِيمةِ، وإن شاءَ صَبَرَ ليأخذه في بلدِه؛ لأنّ نقصانَ السِّعر بنقلِهِ، فيُخَيَّرُ المالك، بخلاف تغيّر السِّعر في بلدِ الغَصب؛ لأنه لا بصنعه، بل بقلّة الرَّغبات .

وإن لم يكن في يدِه وقيمتُه أقلُّ، فالمالك إن شاء أخذ مثلَه إن كان مِثْلياً أو قيمتُه ببلدِ الغصب، أو يصبر ليأخذَ مِثْلَه في بلده.

وإن كانت قيمتُهُ هنا أكثر، فالغاصبُ إن شاء أعطاه مِثْله أو قيمتَه؛ لأنّه هو الذي يتضرَّر بالدَّفع.

وإن كانت القيمةُ سواءٌ، فللمالك أن يُطالب بالمِثْل؛ لأنّه لا ضرر على أحد.

ولو تَعيَّبَ في يدِ الغاصب رَدَّه مع قيمةِ النُّقصان فيُقَوَّمُ صَحيحاً، ويُقَوَّمُ وبه عيبٌ، فيَضْمَنُ ذلك، هذا في غير الرَّبويات؛ لأنّ للجَودةِ قيمةً

فيها، فأمّا الرَّبويات إن شاء أخذه بعَيْبِهِ، وإن شاء ضَمَّنَه قيمتَه صَحيحاً من غيرِ جِنْسِهِ وتَرَكَه؛ لأنّ الجَودةَ لا قيمةَ لها عند المُقابلةِ بالجِنْس على ما عُرِف.

وآنيةُ الصُّفْر والرَّصاص إن بيعت وَزْناً من الرَّبويات وعدداً لا.

ولو غَصَبَ عِنَباً، فصار زَبيباً أو عَصِيراً فصار خَلّاً، أو رَطْباً فصار تَمْراً، فالمالك إن شاء أخذ عينَه، وإن شاء ضَمَّنَه مِثْلَه.

ولو غَصَبَ عبداً أو جاريةً صَغيرةً كَبُر أخذَه، ولا شيء للغاصب من النَّفقةِ، قال ﷺ: «مَن وَجَدَ عين ماله فهو أَحَقُّ به»[1].

ولو كان شاباً فصار شَيْخاً، أو شابة فصارت عجوزاً ضَمِن النُّقصان.

والشَّلَلُ والعَرَجُ وذهابُ السَّمع والبَصر ونسيانُ الحِرفة والقرآن والسَّرقةُ والإباقُ والجنونُ والزِّنا عيبٌ يُوجِبُ النُّقصان إن حدثَتْ عند الغاصب ضَمِنها.

قال: (وإذا تَغَيَّرَ المغصوبُ بفِعْلِ الغاصِبِ حتى زالَ اسمُهُ وأكثرُ منافعِهِ مَلَكَه وضَمِنَه، وذلك كذَبْح الشَّاةِ وطَبْخِها أو شَيِّها أو تَقْطِيعِها، وطَحْنِ الحِنْطةِ أو زَرْعِها، وخَبْزِ الدَّقيقِ، وجَعْلِ الحَديدِ سَيْفاً، والصُّفرِ آنيةً،

---

(١) فعن سمرة بن جندب رضي الله عنه، قال ﷺ: «من وجد عين ماله عند رجل، فهو أحقُّ به، ويتبع البيع من باعه» في سنن أبي داود٣: ٢٨٩، ومسند أحمد١٢: ٢١.
وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من غيره» في صحيح مسلم٣: ١١٩٣، وصحيح البخاري٣: ١١٨.

والبناءِ على السَّاجة، واللَّبِنِ حائِطاً، وعَصْرِ الزَّيتون والعِنَب، وغَزْلِ القُطْنِ، ونَسْجِ الغَزْلِ).

والوجه فيه: أنّه استهلكها من وجهٍ؛ لفوات معظم المقاصد، وتبدُّلِ الاسم، وحَقُّه في الصَّنعةِ قائمٌ من كلِّ وجهٍ، فتَرَجَّحَ على ما فاتَ من وجهٍ، بخلافِ ما إذا ذَبَحَ شاةً وسَلَخَها؛ لأنَّ الاسمَ باقٍ.

(**ولا يَنْتَفِعُ به حتى يؤدِّي بدلَه**)؛ لقوله ﷺ في الشَّاةِ المذبوحةِ المَصْلية بغير رضا صاحبِها: «أَطعموها الأسارى»[1]، فيه دليلٌ على زَوالِ مِلْكِ المالكِ، وحرمةِ الانتفاعِ قَبْلَ الإرضاءِ، ولأنّ إباحةَ الانتفاع قَبْلَ الإرضاءِ فتحُ بابِ الغَصْبِ.

ويجوز بَيعُه وهِبتُه مع الحرمةِ كالبَيْعِ الفاسدِ، فإذا أدَّى بدلَه أو أبرأه المالكُ جاز له الانتفاع به؛ لأنّه صار راضياً بالإبراءِ وأخذِ البَدل.

---

(١) فعن أبي موسى رضي الله عنه: «أنّ رسولَ الله ﷺ زارَ قوماً من الأنصار في دراهم، فذبحوا له شاة، وصنعوا له منها طعاماً، فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله، فمضغه ساعة لا يسيغه، فقال: ما شأن هذا اللحم؟ فقالوا: شاة لفلان، ذبحناها حتى يجيء صاحبها، فنرضيه من لحمها، فقال رسول الله ﷺ: أطعموها الأسارى» في مسند أحمد٣٧: ١٨٥، وشرح مشكل الآثار٧: ٤٥٥، والمعجم الأوسط٢: ١٦٨، وقال ابنُ قطلوبغا في الإخبار٢: ٣١٦: رجال رجال الصحيح.

والقِياس أنّه يجوز له الانتفاعُ قَبْلَ الأداءِ، وهو قَوْلُ زُفَر ﷺ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة ﷺ؛ لأنّه ثبت له الملك، فيجوز له الانتفاع؛ ولهذا جاز بيعُه وهبتُه.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنّه يَزولُ ملكُ المالك عنه، لكنَّه يُباع في دينِهِ، وبعد الموت هو أحقُّ به من باقي الغُرماء.

ووجه آخر في السَّاجة[1] واللَّبِن: أنَّ ضررَ المالك صار مُنْجَبِراً بالقِيمة، وضَررَ الغاصب بالهدم لا يَنْجَبِر، فكان ما قُلناه رِعايةً للجانبين، فكان أولى.

ولو غَصَبَ خَيْطاً فخاطَ به بَطْنَ عبدِه أو أمتِه، أو لوحاً فأدخله في سَفِينة انقطع ملكُ المالكِ إلى الضَّمان بالإجماع.

(ولو غَصَبَ تِبْراً فضَرَبَه دراهمَ أو دنانيرَ أو آنيةً لم يَمْلِكْه)، فيأخذها المالكُ، ولا شيء للغاصب.

وقالا: يَمْلِكُها الغاصبُ، وعليه مِثْلُها؛ لما تَقدَّمَ أنّه استهلاكٌ بصنعِهِ من وجهٍ؛ لأنَّ بالكَسْرِ فاتَ بعضُ المقاصد.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ العَينَ باقيةٌ من كلِّ وجهٍ نَظَراً إلى بقاءِ الاسم والثَّمنيّة والوَزْن وجَرَيان الرِّبا فيه، والصُّنعةُ فيها غيرُ متقوَّمةٍ؛ لما بيّنّا أنّها لا قيمةَ لها عند المقابلة بالجِنْس.

---

(١) ساجة: ضَرْبٌ من الشَّجر، كما في طلبة الطلبة ص٩٧، والساج شجر يعظم جداً، قالوا: ولا ينبت إلا ببلاد الهند، كما في المغرب ص٢٣٧.

قال: (**ومَن خَرَقَ ثَوْبَ غيره فأَبْطَلَ عامّةَ مَنْفَعتِهِ ضَمِنَه**)؛ لأنّه استهلكَه معنى، كما إذا أَحْرَقَه، فإذا ضَمَّنَه جميعَ القيمةِ تَرَكَ الثَّوب للغاصب؛ لئلا يجتمعَ البدلان في ملكٍ واحدٍ، وإن أَمْسَكَ الثَّوبَ ضَمَّنَه النُّقصان؛ لبقاءِ العَيْنِ وبعِضِ المَنافع.

وإن كان خَرْقاً قَليلاً يَضْمَنُ نُقْصانَه؛ لما أنّه لم يُفوِّت شيئاً بل عيَّبه.

واختلفوا في العَيْبِ الفاحش:

قيل: هو أن يوجب نُقصانَ رُبُع القِيمةِ فما زاد.

وقيل: ما يَنْتَقِصُ به نصفُ القِيمة.

والصَّحيحُ[1] ما يَفُوتُ به بعضُ المَنافع، واليَسير ما لا يَفُوتُ به شيءٌ من المَنْفعة، بل يَدْخُلُه نقصانُ العيب.

قال: (**ومَن ذَبَحَ شاةَ غيرِه أو قَطَعَ يدَها، فإن شاءَ المالكُ ضَمَّنَه نُقْصانَها وأخذها، وإن شاء سَلَّمه وضَمَّنه قيمتَها**)؛ لأنّه إتلافٌ من وجهٍ؛ لتفويتِ بعض المنافع من اللَّبَن والنَّسل وغيرهما، وبقاء البعض، وهو الأكل، فثَبَتَ له الخِيار، كما في الثَّوب في الخَرْق الفاحش.

قال: (**وفي غيرِ مأكولِ اللَّحم يَضْمَنُ قيمتَها بقطع الطَّرف**)؛ لأنّه استهلكَها من كلِّ وجهٍ.

---

(١) وصححه في الهداية٩: ٢٤٢ وغيرها.

ولو غَصَبَ دابّةً فَقَطَعَ رِجْلَها ضَمِن قيمتَها.

وروى هِشامُ رضي الله عنه: إن أخذَها المالكُ لا شَيء له، وإن شاءَ تَرَكَها وأَخَذَ القِيمة عند أبي حنيفة رضي الله عنه، كما في الجِثّة العَمْياء خلافاً لهما.

وإن قَلَعَ عين الدَّابّة فعليه رُبُعُ القيمة استحساناً، وقيمةُ النُّقصان قياساً.

وفي جِنايات الحَسَن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: لو فقأ عَيْن بِرْذَون(١) أو بَغْل أو حِمارٍ عليه رُبُعُ قيمتِهِ.

وكذا كلُّ ما يُعْمَلُ عليه من البَقَر والإبل، وما لا يُعْمَل عليه ما نقص.

وقال في «الجامع الصَّغير»: وفي عين بَقَرِ الجَزَّارِ وجَزُورِه رُبُعُ القِيمة، وفي عينِ شاةِ القَصَّاب ما نَقَصَها، والحَمَلُ والطَّيرُ والدَّجاجةُ والكلبُ ما نَقَصَه.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: عليه ما نَقَصَه في جميع البَهائم اعتباراً بالشَّاة.

ولنا: ما رُوي أنّه صلى الله عليه وسلم: «قضى في عينِ الدَّابّةِ برُبُعِ القِيمة»(٢)، وكذا قضى عُمر رضي الله عنه (١)، ولأنّها تصلحُ للحَمْلِ والرُّكوب والعَمَل، ولا تقوم هذه المصالح

---

(١) الْبِرْذَوْنُ: التُّرْكِيُّ مِنْ الْخَيْلِ، وَالْجَمْعُ الْبَرَاذِينُ، وخِلَافُهَا العِرَابُ، وَالْأُنْثَى بِرْذَوْنَةٌ، كما في المغرب١: ٤٢.

(٢) فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال صلى الله عليه وسلم: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في عين الدابة ربع ثمنها» في المعجم الكبير٥: ١٣٨.

إلا بأربعة أعين، عينيها وعيني المُستعمل، فصارت كذات أربعة أعين، فيجب في أحدِها ربعِ القيمة، كما قُلنا في أحدِ الأهداب رُبُعُ الدِّية؛ لما كانت أربعة.

قال: (**ومَن بَنَى في أرض غيره أو غَرَس لزمه قَلْعُهما وردُّها**) على ما بيّنّا في الإجارات، قال ﷺ: «ليس لِعِرْق ظالم حَقّ»[٢]، ولأنّه أشغل مِلْكَ الغير، فيُؤمرُ بتفريغِهِ دَفْعاً للظُّلْم، ورَدّاً للحَقِّ إلى مستحقِّه.

قال: (**ومَن غَصَبَ ثَوْباً فصَبَغَه أَحْمر، أو سَويقاً فَلَتَه بسَمْنٍ، فالمالكُ إن شاء أَخَذَهما وَرَدَّ زيادةَ الصَّبغ والسَّويق، وإن شاء أخذَ قِيمةَ الثَّوب أَبْيضَ ومِثْل السَّويق وسَلَّمَهما**)؛ لأنّ في ذلك رعايةَ الجانبين على ما تقدَّم، وصاحب الثَّوب صاحب الأصل، فكان الخِيار له.

---

(١) فعن الشعبي، قال: «قضى عمر في عين الدابة بربع ثمنها» في مصنف ابن أبي شيبة٥: ٤٠٢.

وعن ابن سيرين، قال: «قضى شريح في عين الدابة إذا فقئت بربع ثمنها إذا كان صاحبها قد رضي ثمنها، وإن شاء شرواها» قال معمر: «وبلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بذلك» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٧٦.

(٢) فعن الزبير رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن أحيا أرضاً ميتةً فهي له، وليس لعِرْق ظالم حقّ» في الموطأ٢: ٧٤٣، صحيح البُخاري٢: ٨٢٣، وسنن الترمذي٣: ٦٦٢، وحسَّنه، وقال مالك: «والعرق الظالم كلّ ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حقّ».

وقال في «الأصل»: تجب قيمةُ السَّويق بناءً على أنّه يَتَغَيَّر بالقَلي، فلم يَصِرْ مِثْلياً، وسَمّاه هاهنا مِثْلياً لقيام القيمةِ مقامَه.

والألوانُ كلُّها سواءٌ، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: السَّوادُ نُقصان، قيل: هو اختلافُ عَصْر وزَمان[1]، وقيل: إن نَقَصَه السَّواد، فهو نُقْصانٌ.

فصلٌ

(زَوائدُ الغَصْبِ أمانةٌ مُتْصلةٌ كانت): كالسِّمَن والجَمال والحُسْن، **(أو منفصلةٌ)**: كالوَلَدِ والعُقر[2] والثَّمرةِ والصُّوف واللَّبن؛ لأنّ الغَصْبَ لم يَرِدْ عليها؛ لأنّه إزالةُ يدِ المالكِ بإثباتِ يدِه ولم يوجد فلا يَضْمَن؛ لأنّه ضَمانُ الغَصْب، ولا غَصْبَ مُحالٌ.

قال: **(ويَضْمَنُها بالتَّعدِّي)** بأن أتلفَه أو أكلَه أو ذبحَه أو باعَه وسَلَّمه، **(أو بالمَنْع بعد الطَّلب)**؛ لأنّ الملكَ ثابتٌ للغير، وقد تَعَدَّى فيه، فيَضْمَنُهُ؛ لما مَرّ.

وإن طَلَبَ المُتَّصلة لا يَضْمن بالبيع؛ لأنّ الطَّلبَ غير صحيح؛ لعدم إمكان رَدِّ الزَّوائد بدون الأَصل.

وقالا: يَضْمَنُها بالبَيْع والتَّسليم كالمُنْفصلة.

---

(١) كما في المحيط٥: ٤٦٧، وفتح القدير٩: ٣٤٤، والجوهرة النيرة١: ٣٤٣.
(٢) العُقْرُ: صَدَاقُ المَرْأَةِ إذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ، كما في المغرب١: ٣٢٣.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ سبب الضَّمان إخراجُ المَحَلِّ من أن يكون مُنْتَفعاً به في حَقِّ المالك، ولم يوجد هنا؛ لأنَّ الزِّيادةَ المُتصلةَ ما كان مُنْتَفعاً بها في حَقِّ المالك؛ لعدم يدِه عليها، فلا يجبُ الضَّمان.

ولو زادت قيمتُها، فعليه قيمتُها يوم الغَصب لا غير؛ لأنّه سببُ الضَّمان على ما تقدَّم.

قال: (**وما نَقَصَت الجاريةُ بالوِلادة مَضْمونٌ**)؛ لفوات بعضِها، (**ويُجْبَرُ بولدِها وبالغُرَّة**)[١]؛ لانعدامِ النُّقصان حُكْماً، ولأنّ العُلُوقَ أو الوِلادةَ سببٌ للزِّيادةِ والنُّقصانِ، فلا يُوجِبُ الضَّمان، كما إذا سَقَطَت سِنُّها ثمّ نَبَتَت، أو هَزُلَت ثم سَمُنَت، أو رَدَّ أرش اليد، فإنّه ينجبر به نَقْصُ القَطع، كذا هنا، وصار كثمن المبيع.

وإن لم يكن بالوَلَدِ وفاءٌ انْجَبَرَ بقَدْرِه وضَمِن الباقي، والغُرَّة كالوَلَد؛ لأنّها قائمةٌ مقامه لوجوبها بدلاً عنه.

ولو ماتت وبالوَلَدِ وفاءٌ بقيمتِها لا شيء عليه، هو الصَّحيح[٢]؛ لأنّه لمّا ضَمِنها يوم الغَصب مَلَكَها من ذلك الوقت، فتبَيَّن أنّ النُّقصان حَصَلَ على ملكِه، فلا حاجة إلى الجابر.

---

(١) الغرّة ما يجب في الجنين؛ لأنه أوّل مُقَدَّر ظَهَرَ في باب الدِّية، وغُرّة الشيء أوّله، كما سُمِي أوّل الشهر، كما في التبيين٦: ١٣٩.

(٢) اختاره في القدوري والهداية والعناية٩: ٣٥١ وغيرها.

قال: **(ومنافعُ الغَصب**[١] **غيرُ مَضمونةٍ استوفاها أو عَطَّلها)** أو استغل؛ لعدم ورود الغَصْب عليها، ولا مماثلة بينها وبين الأعيان؛ لبقاء الأعيان، وهي لا تبقى زمانين، ولأنّها غيرُ متقوَّمة، وإنّما تَقَوَّمت بالإجارةِ ضرورةَ وُرُودِ العَقْد عليها، ولم يوجد ويَضْمَن ما نَقَصَ باستعماله لاستهلاكِهِ بعضَ أجزائِهِ.

قال: **(ومَن استهلكَ خَمْرَ الذِّميّ أو خِنْزيره فَعَليه قيمتُه، ولو كانا لمسلمٍ فلا شيء عليه)**؛ لقوله ﷺ: «اتركوهم وما يدينون»[٢]، وإنّهم يدينون بماليتهما، فإن الخَمْرَ والخِنزير عندهم كالخَلِّ والشَّاة، بل هما من أنفسِ الأموالِ عندهم، وقال ﷺ: «إذا قبلوها ـ يعني الجزية ـ فأعلمهم أنّ لهم ما

---

(١) صورته: إذا غصب عبداً خبازاً فأمسكه شهراً ولم يستعمله، ثم ردّه إلى المالك، لا يجب عليه ضمان منافع الشهر، وصورة إتلاف المنافع أن يستعمل العبد أياماً ثم يردّه على مولاه فلا يضمن، قال الخجندي: ولا أجرة على الغاصب في استخدامه عبد الغصب، ولا في سكنى دار غصبها، وفي الكرخيُّ ﷺ: إذا آجر الغاصب العبد المغصوب فالأجرة للغاصب ويتصدّق بها، كما في الجوهرة١: ٣٤٥.

(٢) بيَض له ابنُ قطلوبغا في الإخبار٢: ٣١٨.

وعن سويد بن غفلة ﷺ قال: «بلغ عمر بن الخطاب ﷺ أنَّ عمالَه يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثاً، فقال بلال ﷺ: إنَّهم ليفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها، فإنَّ اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها» في مصنف ابن عبد الرزاق ٦: ٢٣.

للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»[١]، وللمسلمين التَّضمين بإتلافِ ما يعتقدونه مالاً، فكذا يكون الذِّميُّ، بخلاف المُسلم؛ لأنّهما ليسا مالاً في حقِّه أَصلاً، وحرمةُ بدلهما عليه كحرمتِهما.

والخَمْر وإن كان مِثلياً، فالمسلمُ ممنوعٌ عن تملّكِهِ وتَمليكِهِ، فوجَبَت القِيمة.

أمّا الرِّبا فحَرامٌ عندهم، وهو مُستثنى عن عَقْد الذِّمّة.

قال: (**ويجب في كَسْرِ المَعازفِ قيمتُها لغير اللَّهو**)، وسواءٌ كانت لمسلمٍ أو ذميٍّ كالبَرْبَط[٢] والطَّبل والدَّف والمِزْمار والجُنْك[٣] والعُود ونحوها ويجوزُ بيعُها.

---

(١) سبق تخريجه لكنه ورد في حق المسلمين، فعن أنس ﷺ، قال ﷺ: «أمرت أن أقاتلَ الناسَ حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأنّ محمّداً عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، ويأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلّوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حَرُمَت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقّها، لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين» في سنن الترمذي٥: ٤، وسنن أبي داود٢: ٥١، وسنن النَّسائي الكبرى٢: ٢٨٠، والمجتبى ٨: ١٠٩، وصحيح ابن حبان١٣: ٢١٥، ومسند أحمد٣: ٢٢٤.

وعن عليّ ﷺ: «مَن كانت له ذمّتنا فدمُه كدمنا، وديّتُه كديّتنا» في معرفة السنن١٣: ١٢٥، ومسند الشافعي١: ٣٤٤، وسنن البيهقي الكبير٨: ٣٤، وغيرها.

(٢) وهي مثل العود، كما في البناية١١: ٢٦٨.

(٣) الجُنك: الطنبور، وهو آلَة من آلات الطَّرب، كما في المعجم الوسيط١: ١٤٠.

وقالا: لا يَضْمَنُ، ولا يجوز بيعُها؛ لأنّها أُعِدَت للمَعاصي، فلا تُضْمَنُ كالخَمْر، ومُتْلِفُها يتأوّل فيها النَّهي عن المُنكر، وأنّه مأمورٌ به شَرْعاً، فلا يُضمنُ كإذن القاضي وبل أولى.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّها أَموالٌ صالحةٌ للانتفاعِ في جهةٍ مُباحةٍ وتَصْلُحُ لما يَحِلُّ فتُضْمَنُ، والفَسادُ بفعلِ فاعلٍ مختارٍ، فلا يَسْقُطُ التَّقوُّم، وجَوازُ البيع؛ لأنَّها بناءً على الماليّة، وصار كالجاريةِ المغنيّة، وتجبُ قيمتُها لغير اللَّهو كالجارية المغنيّة، والكَبْشِ النَّطوح، والحَمامةِ الطَّيّارة، والدِّيكِ المُقاتل، والعَبدِ الخَصي، فإنّه تجب قيمتُها غير صالحة لهذه الأُمور، كذا هذا.

ولو أَحْرقَ باباً منحوتاً عليه تماثيل مَنْقوشة ضَمِن قيمتَه غير مَنْقوش؛ لأنّ نقشَ التَّماثيل حَرامٌ غيرَ مُتَقوَّم.

وإن كان مَقطوعَ الرَّأس يَضْمَنُ قيمتَه مَنْقوشاً؛ لأنّه غيرُ حرام.

والتَّماثيلُ على البِساط غيرُ مُحرَّم، فيجب قيمتُه مَنْقوشاً.

ولو غَصَبَ ثوباً فَكَساهُ للمالك، أو طَعاماً فقدَّمه بين يديه فأَكله، وهو لا يَعْلَمُ به برئ من الضَّمان؛ لأنّه أعادَ الشَّيء إلى يدِه، وقد تمكَّنَ من التَّصرُّف فيه حقيقةً، فيبرأُ بالنَّصِّ، وهو قولُه صلى الله عليه وسلم: «على اليدِ ما أَخَذت حتى تَرُدَّ»[1].

---

(١) سبق تخريجه عن سمرة رضي الله عنه، في سنن الترمذي٣: ٥٦٦، وسنن أبي داود٢: ٣١٩.

ولو جاء الغاصبُ بقيمةِ المَغْصوب إلىٰ المالكِ، فلم يَقْبلها، أَجبره الحاكمُ علىٰ قَبُولها، فإن وضعَها في حِجْره برئ، وإن وَضَعَها بين يديه لا يَبْرأ، بخلافِ ما إذا وَضَعَ المَغْصوب أو الوَديعة بين يديه حيث يَبْرأ؛ لأنّ الواجبَ فيه رَدُّ العين، وأنّه يتحقَّقُ بالتَّخليّة، والواجبُ في الدَّين القَبْض؛ لتتحقَّقَ المُعاوضة والمُقاصّة، والقبضُ لا يحصل بالتَّخليّة.

ورَوَىٰ ابنُ سَماعة عن محمّد رضي الله عنه: للقاضي أن يأخذَ المال من الغاصبِ والسَّارق إذا كان المالكُ غائباً ويحفظه عليه، فإن ضاع فجاء المالك، فله أن يُضمِّنَ الغاصبَ والسَّارقَ، ولا يَبْرأُ بأخذِ القاضي؛ لأنّ للقاضي التَّصرُّف في مالِ الغائب فيما يؤدِّي إلىٰ حفظِه لا فيما يَرْجِعُ إلىٰ إبراءِ حقوقِه.

ولو حَلَّ دابّةَ رجلٍ أو قيدَ عبده أو فَتَحَ قفصَه، وفيه طيورٌ لم يَضْمَن[١]؛ لأنّه تخلَّل بين فعلِه والتَّلفِ فعلُ فاعلٍ مختارٍ، وهو ذهابُ الدَّابّة والعبد وطيران الطَّير، واختيارُهم صحيحٌ، وتركُه منهم مُتَصَوَّرٌ، والاختيارُ لا ينعدم بانعدام العَقل، ألا ترىٰ أنّ المجنونَ يَضْمَنُ ما يُتْلِفُه وإن كان معدومَ العَقل، فيُضاف التَّلفُ إلىٰ المباشرةِ دون السَّبب كالحافرِ والدَّافع.

ولو حَلَّ فم زِقٍّ، وفيه دُهْنٌ فسال ضَمِن؛ لأنّه تسبَّب لتلفه بإزالة المُمسك، فلم يَتَخَلَّل بينه وبين التَّلف فعلُ فاعل مُختار.

---

(١) هذا عند الشيخين: وعند محمد رضي الله عنه: يضمن؛ لأن فعل الطير والبهيمة هدر، وبه أخذت المجلة، كما في أصول الفقه لشاكر بك ص٣٧٠.

ولو كان جامداً، فشقَّه فذاب بالشَّمسِ ثمّ سال لم يضمن؛ لأنّ الجامدَ يَسْتَمْسِكُ بنفسِهِ لا بالزَّقّ، فلم يكن الشَّقُّ إتلافاً، وإنّما صار مائعاً بالشَّمس لا بفعلِهِ.

ذهبت دابّةُ رجلٍ ليلاً أو نهاراً بغيرِ إرسالِ صاحبها، فأفسدت زَرَعَ رجل لا ضمان عليه؛ لأنّها ذهبت باختيارِها، وفعلُها هدرٌ، قال ﷺ: «العجماء جبار»[1]، وإن أرسلها ضَمِن.

رجلٌ وجَد في زَرْعِه أو دارِه دابّةً فأخرجها فهَلَكَت أو أَكَلَها الذِّئبُ لم يَضْمَن، نصَّ عليه محمّد في «المنتقى»، قالوا: والصَّحيحُ[2] إن أخرجها ولم يسقها لم يَضْمَن؛ لأنّ له ولاية الإخراج، وإن ساقَها بعد الإخراج ضَمِن.

رجلٌ أدخل دابّةً في دارِ رجلٍ، فأخرجها صاحبُ الدَّار فهلكت لا يَضْمَن.

وإن وَضَعَ ثَوْباً في دارِهِ فرَمَىٰ به فضَاع ضَمِن؛ لأنّ الثَّوبَ لا يَضُرُّ الدَّار، وكان الإخراجُ إتلافاً، والدّابّةُ تَضُرُّ بالدَّار، فلم يكن إتلافاً.

* * *

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس» في صحيح البخاري٥: ٥٤٥.

(٢) عليه أكثر المشايخ، وهو المختار للفتوىٰ، كما في المحيط٥: ٤٧٩. وفي رد المحتار٦: ٢١٦: وهو المختار.

كتاب إحياء الموات

(**الموات: ما لا يُنْتَفعُ به من الأراضي**)؛ لانقطاع الماءِ عنه، أو لغلبتِهِ عليه، أو كونها حَجَراً، أو سَبِخَةً[١] ونَحو ذلك ممَّا يَمْنَعُ الزِّراعة، سُميت بذلك لعدم الانتفاع بها كالمَيت لا يُنْتَفَعُ به.

فما كان كذلك (**وليس ملكَ مُسلم ولا ذِمِيٍّ، وهو بعيدٌ عن العُمران، إذا وَقَفَ إنسانٌ بطرفِ العِمران ونادى بأَعلى صَوتِه لا يُسمع**[٢]**، مَن أحياه بإذنِ الإمام مَلَكَه مُسلماً كان أو ذِمياً**)[٣]؛ لأنّ ما كان قَريباً من العُمران يَرْتَفِقُ النَّاسُ به عادةً، فيَطْرحون به البَيادر، ويَرعون فيه المَواشي.

---

(١) سبخة: أي ذات ملح ونز، كما في المختار ص١٤١، والمصباح١: ٢٦٣.

(٢) هذا قول أبي يوسف رضي الله عنه، وعند محمّد رضي الله عنه: يعتبرُ حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً من العامر، وشمس الأئمة السَّرَخسيُّ رضي الله عنه اعتمد قول أبي يوسف رضي الله عنه، كما في التبيين٦: ٣٥.

(٣) فعن عائشة رضي الله عنها، قال صلى الله عليه وسلم: «مَن عمَّرَ أرضاً ليست لأحد فهو أَحَقّ بها» في مسند أحمد٦: ١٢٠، وقال الأرنؤوط: «حديث صحيح»

وعن مُحمّدٍ ﷺ: أنّه يُعتبر أن لا يَرْتَفِقَ به أهلُ القرية وإن كان قَريباً، والمُختار هو الأَوَّل؛ لتعلُّق حقِّهم به حقيقةً أو دلالةً، فلا يكون مَواتاً.

وكذلك إذا كان مُحْتَطَباً لهم لا يجوز إحياؤه؛ لأنّه حَقُّهم.

ويُشترطُ في الإحياءِ إذنُ الإمام.

وقالا: لا يُشْترطُ؛ لقوله ﷺ: «مَن أحيا أرضاً ميتةً فهي له، وليس لعِرْق ظالمٍ حقّ»[١]، ولأنّه مباحٌ سَبَقَتْ يدُه إليه كالصَّيد.

ولأبي حنيفة ﷺ: قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفسُ إمامِهِ»[٢]، والمراد به في المباحات، إلا أنّ الحَطَبَ والحَشِيشَ والماءَ خُصَّ عنه بالحديث[٣]، فبقي الباقي على الأصل.

---

(١) سبقه تخريجه عن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمَن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له، وليس لعِرْق ظالمٍ حقّ» في مسند الطيالسي١: ٢٠٣، وسنن الدارقطني٤: ٣١٨.
وعن الزبير بن العوام ﷺ، قال ﷺ: (البلادُ بلاد الله ﷻ، والعبادُ عباد الله ﷻ، فحيثما أصبت خيراً فأقم) في مسند أحمد١: ١٦٦، قال الأرنؤوط: ضعيف فيه ثلاثة مجاهيل.
(٢) فعن معاذ ﷺ، قال ﷺ: «إنَّما للمرء ما طابت به نفسُ إمامه» في المعجم الكبير٤: ٢٠، والمعجم الأوسط٧: ٢٣، ومسند الشاميين٤: ٣٦٦.
(٣) فعن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلإ، والنار، وثمنه حرام» في سنن ابن ماجة٢: ٨٢٦، وسنن أبي داود٣: ٢٧٨، ومسند أحمد٣٨: ١٧٤.

وحديثُهما محمولٌ على الإذن لقوم مخصوصين توفيقاً بين الحديثين، ولأنّه وَصَلَ إلى يدِ المسلمين بالقتال والغلبةِ، فيكون غَنيمةً، ولا يَحِلُّ لأحدٍ بدون إذن الإمام كسائر الغَنائم.

والمسلمُ والذِّميُّ[1] سواءٌ؛ لأنّ الإحياءَ سببُ الملك، فيستويان فيه كسائر الأسباب.

ويجب فيها العُشْرُ على المسلمِ والخَراجُ على الذِّميّ؛ لأنّه ابتداءُ وَضْعٍ، فيَجِبُ على كلِّ واحدٍ ما يَلِيقُ به.

وإن سَقاه بماءِ الخَراج يُعْتَبرُ بالماءِ.

والإحياء: أن يَبْني فيها بناءً، أو يَزْرَعَ فيها زَرْعاً، أو يَجْعَلَ للأرض مُسناةً ونحو ذلك، ويكون له مَوْضع البناء والزَّرع دون غيره.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: إنّ عَمَّر أكثر من النِّصف كان إحياءً لجميعها، وإن عمَّرَ نصفَها له ما عَمَّر دون الباقي.

وذكر ابنُ سَماعة عن أبي حَنيفة رضي الله عنه: إن حفرَ فيها بئراً، أو ساق إليها ماء، فقد أحياها زَرَعَ أو لم يَزْرَع.

ولو شقَّ فيها أنهاراً لم يكن إحياءً، إلا أن يجري فيها ماء، فيكون إحياءً.

---

(١) وقيد بالذمي؛ لأنَّ المستأمن لا يملكه مطلقاً اتفاقاً، نظم، كما في اللباب ١: ٣٦٩.

(ولا يجوز إحياءُ ما قَرُبَ من العامر)؛ لما بيّنّا.

ومَن أَحيا مَواتاً، ثمّ أَحاط الإحياءُ بجَوانبِهِ الأَربعةِ على التَّعاقب، فطَريقُ الأوّل في الأَرْضِ من الرَّابعةِ لتعيُّنِها، رُوِي ذلك عن مُحمَّد رضي الله عنه.

ومَن أحيا مَواتاً ثمّ تركَها فَزَرَعَها آخر، قيل: هي للثَّاني؛ لأنّ الأوَّلَ مَلَكَ استغلالها لا رَقَبَتَها، وقيل: هي للأَّول، وهو الأَصحّ[1]؛ لأنّها ملكُه بلام الملك في الحديث.

قال: **(ومَن حَجَّر أَرْضاً ثلاثَ سِنين، فلم يَزْرعها دَفَعَها الإمامُ إلى غيره)**؛ لأنّ التَّحجيرَ ليس بإحياءٍ، والإمامُ دفعَها لتحصيلِ المَصلحةِ من العُشر والخَراج، فإذا لم يحصل دَفَعَها إلى غيرِه ليحصل.

وسُمِي تَحْجِيراً لوجهين:

أحدُهما: من الحَجْر، وهو المَنْعُ؛ لأنّه يَمْنَعُ غيرَه عنها.

الثَّاني: أنّهم يضعون الأحجار حولها تعليماً لحدودها؛ لئلا يشركهم فيها أحدٌ.

والتَّحجيرُ أن يعلِّمها بعلامةٍ بأن وضعَ الحجارةَ أو غرسَ حولها أَغْصاناً يابسةً أو قَلَعَ الحَشيشَ أو أَحْرَقَ الشَّوك ونحوه، فإنّه تحجيرٌ، وهو

---

(١) الأصح أنَّ الأوّلَ ينزعها من الثاني؛ لأنَّه ملك رقبتها بالإحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك، كما في الهداية ١٠: ٧١، والتبيين ٦: ٣٥.

اسْتِيامٌ[1]، وليس بإحياءٍ، ولهذا لو أَحياها غيرُه قبل ثلاثِ سنين مَلَكَها؛ لأنّه أَحياها، كما يُكره السَّومُ على سَوْم أَخيه، ولو عَقَدَ جاز العَقدُ.

والتَّقديرُ بثلاث سنين مَرْوي عن عُمر رضي الله عنه فإنه قال: «مَن أحيا أرضاً ميتةً، فهي له، وليس للمُحَجِّر بعد ثلاثٍ حقٌّ»[2].

قال: (**ومَن حَفَرَ بئراً في مواتٍ فحريمُها أربعون ذِراعاً من كلِّ جانبٍ للنَّاضح**[3] **والعَطَن**[4]) عند أبي حنيفة رضي الله عنه، (**فمَن أرادَ أن يَحْفِرَ في حريمها مُنِع**)؛ لأنّ في الأَراضي الرَّخوةِ يَتَحَوَّلُ الماءُ إلى ما يَحْفِرُ دونها، فيؤدِّي إلى اختلال حقِّه، ولأنّه مَلَكَ الحريم؛ ليتمكَّن من الانتفاع به، وذلك يمنعُه.

---

(١) من السُّومة: العلامة تجعل على الشاة، والمسومة المعلمة، كما في مختار الصحاح١: ١٥٨.

(٢) فعن عمرو بن شعيب: «أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينةً أرضاً، فعطلوها أو تركوها، فأخذها قوم آخرون فأحيوها، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب، فقال: لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أرددها، ولكنها من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: من كانت له أرض، فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها، فعمرها غيره، فهو أحق بها» في الأموال لابن زنجويه٢: ٦٤٤، وهذا سند رجاله كلهم ثقات إلا أنه مرسل، ورواه أبو يوسف «الخراج»، ومحمد بن الحسن في «الأصل»، كما في الإخبار٢: ٣٢١.

(٣) الناضح: هي التي ينزع الماء منها بالبعير، كما في فتح باب العناية ٥: ١٤٠.

(٤) العطن: هي التي يُنْزع منها الماءُ باليد، كما فتح باب العناية ٥: ١٤٠.

وقال أبو يوسف ومحمّد رضي الله عنهما: إن كانت للنَّاضح فستون؛ لحديث الزُّهري رضي الله عنه، أنّ النَّبيَّ ﷺ، قال: «حريم العين خمسمئة ذراع، وحريمُ بئر العَطَن أربعون ذراعاً، وحريمُ بئر النَّاضح سِتون ذراعاً»(١)، ولأنّه يَحتاج فيها إلى مسيرِ الدَّابّة للاستقاءِ، وقد يَطُولُ الرِّشاء(٢)، وبئر العَطَن يُسْتَقَي منها بيدِه، فكانت الحاجةُ أقلّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: قوله ﷺ: «مَن حَفَرَ بئراً، فله ما حَوْلها أربعون ذراعاً عَطَناً لماشيته»(٣)، من غير فَصْل؛ ولأنّ استحقاقَ الحَريم على خلافِ القِياس؛ لأنّه في غير مَوْضع الإحياء، وهو الحَفْر، وإنّما تَركناه في مَوْضعٍ اتفق الحديثان فيه، وما اختلفا فيه يَبْقَى على الأَصل، ويُمكنُه أن يُديرَ الدَّابّة حَوْل البئر، فلا يحتاج إلى زيادةِ مَسِير.

---

(١) بهذا اللفظ في الأصل محمد بن الحسن٧: ٤٠، وعن الزهري، عن سعيد بن المسيب، قال: «حريم بئر البديء خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم العادية خمسون ذراعاً، وحريم الزرع ثلاثمائة ذراع». قال الزهري: «وبلغني أن حريم العين خمسمائة ذراع» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ١٥٧، والأموال لابن زنجويه٢: ٦٥٥.

(٢) الرِشاء: حَبلُ الدَلْو، والجمع أَرْشِيةٌ، كما في المغرب ١: ٣٣١.

(٣)فعن أبي هريرة وعبد الله بن مغفل رضي الله عنهما، قال ﷺ: «مَن حفرَ بئْراً فله حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته» في سنن ابن ماجه٢: ٨٣١، ومسند أحمد٢: ٤٩٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٠، وقد استوفى طرقه الزَّيلعي في نصب الراية٤: ٢٩١-٢٩٢، ورد كلام الدَّارقطنيّ بأنَّ الصَّحيح أنَّه مُرْسلٌ.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: جُعِل في حديثِ الزُّهريّ رضي الله عنه سِتين ذِراعاً حَريماً لمدِّ الحَبْل لا أنّه يَمْلِكُ ما زاد على الأربعين، ولو احتاج إلى سَبعين يَمُدُّ الحَبْل إليه، وكان له مَدُّ الحَبْل لا أنّه يَمْلِكُه.

وذكر في «النَّوادر»: عن مُحمّد رضي الله عنه: أنّ حريمَ بئر النّاضح بقَدْر الحَبْل سبعون كان أو أكثر.

والعَطَنُ: مَبْرِكُ الإبل حَوْل الماء، يُقال: عَطَنَتْ الإبِلُ، فهي عاطنةٌ وعَوَاطنٌ، إذا سُقِيت وبَرَكَت عند الحِياض؛ لِتُعاد إلى الشُّرب.

والنَّواضِح: الإبِلُ التي تُسْقَي الماء، والواحد ناضح، وفي الحديث: «كلُّ ما سُقي من الزَّرع نضحاً، ففيه نصفُ العُشر»[1].

قال: (**وحريمُ العين من كلِّ جانبٍ خمسمئة ذراع**)[2]؛ لما سبق من الحديث، ولأنّ العينَ تُستخرج للزِّراعة، ولا بُدّ من مَوضعِ حَوْضٍ يُجمع فيه الماء، وساقِيةٍ يجري فيها الماء إلى المَزارع، فاحتاج إلى مسافةٍ أكثر من البئر.

---

(١) سبق تخريجه عن جابر رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «فيما سَقَت الأنهار والعيون العُشر، وما سقي بالسَّواني ففيه نصف العُشر» في سنن أبي داود٢: ١٠٨.

(٢) قال في الينابيع: «وذكر الطحاوي رضي الله عنه خمسمئة ذراع»، وهذا التقدير ليس بلازم بل هو موكول إلى رأي المفتين واجتهادهم، كما في التصحيح ص٣١١، ومشى في المتون: كالوقاية ٣: ١٠٩، والكنز٦: ٣٦: على أنَّ حريم العين خمسمة ذراع، والأصح أنَّه خمسمئة ذراع من كل جانب، وفي الكافي: قيل: إنَّ التقدير في البئر والعين بما ذكرنا

قال: **(والقَناةُ عند خُرُوج الماءِ كالعَين)**، وقَبْلَه قيل: هو مفوّضٌ إلى رأي الإمام؛ لأنّه لا بُدّ للقَناةِ من الحريم لِمُلْقَى طِينِهِ ما لم يَظْهَرْ، فإذا ظَهَرَ، فهو كالعَين الفَوَّارة، قيل: هو قولُهما.

أمّا على قَولِ أبي حنيفة رضي الله عنه: لا حَريم للقَناة ما لم يَظْهَرْ الماء؛ لأنّه نَهَرٌ مَطْويٌّ، فيُعْتَبَرُ بالنَّهر الظَّاهر.

(ولا حريم للنَّهر الظَّاهر) عند أبي حنيفة رضي الله عنه **(إذا كان في ملكِ الغَير، إلا ببَيِّنة، وكذا لو حَفَرَه في أرض مَوات لا حَريمَ له)** خلافاً لهما.

وقال المحقِّقون[1] من مشايخنا: للنَّهر حريمٌ بِقَدْرِ ما يحتاج إليه لإلقاءِ الطِّين ونحوه بالاتفاق.

ثمّ قال أبو يوسف رضي الله عنه: حريمُه مقدار عرض نصف النّهر من كلِّ جانب؛ لأنّ المعتبرَ الحاجة الغالبة، وذلك بنقل تُرابه إلى حافتيه، فيكفي ما ذكرنا.

وقال مُحمّد رضي الله عنه: عَرْضُ جميع النَّهر من كلِّ جانبٍ؛ لأنَّه قد لا يُمْكنُه إلقاءُ التُّراب من الجانبين، فيُحتاجُ إلى إلقائِهِ في أحدِهما، فيُقَدَّر في كلِّ طرف ببطن النَّهر، والحوضُ على هذا الاختلاف.

لصلابتها، وفي أراضينا يزاد لرخاوتها؛ لئلا يتحوّل الماء إلى الثانية فتتعطل الأولى، كما في التبيين ١: ٣٧.

(١) ومثله ذكر في الشرنبلالية ١: ٣٠٧ عن الشارح، وفي تحفة الفقهاء ٣: ٣٢٣: «وعند بعضهم: له حريم بقدر ما يحتاج إليه بالاتفاق؛ لإلقاء الطين ونحوه».

لهما: أنّه لا انتفاعَ بالنَّهر والحوض إلاّ بالحريم؛ لأنّه يحتاجُ إلى المشي فيه لتسييل الماء، ولا يكون ذلك عادةً في بَطْنِه، وإلى إلقاء الطِّينِ، وأنّه يحرجُ بنَقْلِه، فوَجَبَ أن يكون له حَريمٌ كالبئر.

وله: أنّ الحَريمَ على خلافِ القِياس؛ لما مَرَّ، تَرَكناه في البئر بالحديث، ولأنّ الحاجةَ في البئر أكثر؛ لأنّه لا يُمكن الانتفاعُ بماءِ البئر بدونِ الاستسقاء، ولا استسقاءَ إلا بالحريم، أمّا النَّهر يُمكنُ الانتفاع بمائه بدون الحَريم.

ثمّ قال: (**ولو غَرَسَ شجرةً في أرضٍ مَواتٍ، فحريمُها من كلِّ جانبٍ خمسةُ أذرع**)، ليس لغيرِه أن يَغْرِسَ فيه؛ لما رُوِي: «أنّ رجلاً غَرَسَ شجرةً في أرضٍ فلاةٍ، فجاء آخر وأراد أن يَغْرِسَ شجرةً من جانب شجرتِهِ، فشكا الأول إلى رسول الله ﷺ، فأمر أن يؤخذ من شجرتِهِ جريدة فتذرع، فبلغ خمسة أذرع، فجعل له ﷺ الحريم من كلِّ جانبٍ خمسةَ أَذرع، وأطلق للآخر فيما وراء ذلك»[1]، هذا الحديث ذكره أبو داود في «سننه»، وذكر في رواية: «سبعة أذرع»، قال في «المحيط»: هذا حديثٌ صحيحٌ يجب العمل به.

قال: (**وما عَدَلَ عنه الفُراتُ ودِجْلةُ يجوز إحياؤه إن لم يُحْتَمَل عَوْدَه إليه**)؛ لأنّه كالمَواتِ، وهو في يَدِ الإمام إذا لم يكن حَريماً لعامر.

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري ﷺ، قال: «اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في حريم نخلة في حديث أحدهما، فأمر بها فذرعت، فوجدت سبعة أذرع، وفي حديث الآخر، فوجدت خمسة أذرع فقضى بذلك» في سنن أبي داود٣: ٣١٦، وسكت عنه.

(وإن احْتُمل عَوْدَه لا يجوز)؛ لحاجة العامّة إليه[١]، والله ﷻ أعلمُ بالصَّواب.

* * *

(١) أي لتعلق حقّ العامة به على تقدير رجوع الماء إليه؛ لأنَّ الماء حقهم لحاجتهم إليه، كما في التبيين٦: ٣٦.

كتاب الشِّرب

(وهو النَّصيبُ من الماءِ) للأَراضي وغيرها، قال الله تعالىٰ: {لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُوم} [الشعراء: ١٥٥].

قال: **(وقِسْمةُ الماءِ بين الشُّرَكاء جائزةٌ)**، و«بعث رسول الله ﷺ والناس يفعلونه فأقرّهم عليه»، وتَعامله النّاس إلىٰ يومنا من غيرِ نكير، وهو قِسْمةٌ باعتبار الحقّ دون الملك؛ لأنّ الماءَ غيرُ مملوكٍ في النَّهر، والقِسْمةُ تارةً تكون باعتبار الملك، وتارةً باعتبار الحقِّ كقِسْمة الغَنائم.

قال: **(ويجوز دَعْوى الشِّرب بغير أرض)** استحساناً؛ لجواز أن يكون الشِّرب حَقّاً له بدون الأرض بأن اشترىٰ الأَرْضَ والشِّرب ثمّ باعَ الأرضَ وبَقِي الشِّربُ أو وَرِثَه، وقد يُملكُ بالإرثِ ما لا يُملك بالبَيْعِ كالقِصاص والخَمر.

وإذا شهدوا بشربِ يوم من النَّهر لا تُقبل إذا لم يقولوا: من كم يوم.

ولو ادّعىٰ أرضاً علىٰ نَهرٍ شِرْبها منه، فشهدوا له بالأرض قُضِي بها وبحصِّتها من الشِّرب؛ لأنّ الأرضَ لا تَنْفَكُ عن الشِّرب.

ولو ادَّعىٰ الشِّرب وحدَه فشهدوا له لا يقضىٰ بشيءٍ من الأرض.

قال: **(ويُورَثُ ويُوصي بمنفعتِهِ دون رقبتِهِ)**؛ لأنّه حقٌّ ماليٌّ، فيَجْري فيه الإرث، وجهالةُ الموصى به لا تمنع الوَصيَّة؛ لأنّ الوصيَّةَ من أوسعِ العقود حتى جازت للمَعْدوم وبالمَعْدوم.

قال: **(ولا يُباعُ ولا يُوهبُ، ولا يُتْصدَّقُ به)**؛ للجهالةِ الفاحشةِ وعدمِ تَصَوُّر القَبْض، ولأنّه ليس بمُتَقَوَّم حتى لو سَقَى به غيرَه لا يُضْمَن.

(ولا يَصْلُح مَهْراً)؛ لما بيّنّا، ويجبُ مهرُ المِثل.

(ولا بَدَلاً في الخُلْع) حتى تَرُدَّ ما قبضتَ من المهر.

(ولا بَدَلاً في الصُّلْح عن دعوى المال، ولا في القِصاص)، ويَسْقُطُ القِصاص، وتجب الدِّية.

(والمياهُ أنواعٌ):

الأَوَّل: **(ماءُ البَحر، وهو عامٌّ لجميع الخَلْق الانتفاع به بالشَّفةِ**[1] **وسقي الأراضي وشَقّ الأنهار)** لا يُمْنعُ أحدٌ من شيءٍ من ذلك كالانتفاع بالشَّمس والهواء.

(و)الثَّاني: **(الأَوْديةُ والأَنْهار العظام كجَيْحون وسَيْحون والنيل والفُرات ودجلة، فالنّاس مُشتركون فيه في الشِّفة وسَقي الأراضي ونصب**

(١) أيأهل الشفة، وهم الذين لهم حق الشرب بشفاههم وسقي دوابهم والاستقاء بالأواني دون سقي الأراضي، كما في الطلبة ص١٥٦.

الأَرْحِية) والدوالي إذا لم يضر بالعامة، وذلك بأن يحيي مواتاً، ويشقّ نَهراً لَسَقْيها ليس في ملكِ أحدٍ؛ لأنّه مُباحٌ في الأصل، وغلبةُ الماء تَمْنَعُ قَهْر غيره واستيلاءَه عليه.

وإن كان يضرُّ بالعامّة فليس له ذلك؛ لأنّ دفعَ الضَّرر عنهم واجبٌ، وذلك بأن يكسرَ ضِفتَه، فيميل الماء إلى جانبها فيُغْرِقَ الأراضي والقُرى، وكذا شقّ السَّاقية للرَّحى والدَّالية.

(و)الثَّالثُ: **(ما يجري في نَهر خاصٍّ لِقَريةٍ، فلغيرهم فيه شِركة في الشَّفة)**، وهو الشُّرب والسَّقي للدَّواب، ولهم أخذُ الماء للوضوءِ وغَسْلِ الثِّياب والخبزِ والطَّبخ لا غَيْر، وإن أتى على الماء كلِّه.

رُوِي أنّه وَرَدَت عن أبي حنيفة ﷺ مسائل من خُراسان، فدَفَعَها إلى زُفر ﷺ؛ ليكتب فيها، منها:

رجلٌ له ماء يجري إلى مَزارعِهِ فيجيء رجلٌ فيَسْقي إبلَه ودوابَّه منه حتى يُنْفِذَه كلَّه، هل له ذلك؟ فكتب زُفر ﷺ: ليس له ذلك، فعَرَضَها على أبي حنيفة ﷺ فغَلَّطه، وقال: لصاحبِ الإبل ذلك؛ لقوله ﷺ: «النَّاسُ شُركاء في ثلاث»[1] الحديث.

---

(١) سبقه تخريجه عن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلإ، والنار، وثمنه حرام» في سنن ابن ماجة٢: ٨٢٦، وسنن أبي داود٣: ٢٧٨، ومسند أحمد٣٨: ١٧٤.

والحديث يشمل الشُّربَ والشِّربَ، إلا أنَّ الشِّربَ خُصَّ في النَّهر الخاصّ دفعاً للضَّرر عن أهلِه، وبقي حقُّ الشَّفة للضَّرورة، إمّا لِشِدَّة الحاجة، أو لأنّه لا يقدر على استصحابِ الماءِ في كلِّ مكانٍ.

والبئرُ والحوضُ حكمُهما حكمُ النَّهر الخاصّ.

(و)الرَّابعُ: (**ما أُحرز في حُبٍّ ونحوه، فليس لأحدٍ أن يأخذَ منه شيئاً بدون إذن صاحبه وله بيعُه**)؛ لأنّه مَلَكَه بالإحرازِ، وصار كالصَّيد والحَشيش إلا أنّه لا يُقْطَعُ في سَرقتِهِ؛ لقيام شبهةِ الشَّركةِ فيه بالحديث.

قال: (**ولو كانت البئرُ أو العَيْنُ أو النَّهرُ في ملكٍ رجلٍ له مَنْعُ مَن يُريدُ الشَّفة من الدُّخول في ملكه إن كان يجد غيرَه بقربِهِ في أرض مباحةٍ، فإن لم يجد فإمّا أن يتركَه يأخذ بنفسِهِ**) بشرطِ أن لا يكسرَ ضِفَّتَه (**أو يخرجَ الماء إليه، فإن منعَه، وهو يخاف العَطَش على نفسِهِ أو مَطيَّتِهِ قاتلَه بالسَّلاح**)؛ لما رُوِي «أنّ قوماً وردوا ماءً، فسألوا أهله أن يدلُّوهم على البئر فأبوا، فسألوهم أن يُعطوهم دَلْواً فأبوا، فقالوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مَطايانا قد كادت تَنْقَطِعُ فأبوا أن يُعطوهم، فذكروا ذلك لعُمر رضي الله عنه فقال: هلا وَضَعْتُم فيهم السِّلاح؟»[1].

---

(١) في الأصل لمحمد بن الحسن٨: ١٤٧ بهذا اللفظ، لكنه منقطع، كما في الإخبار٣: ٣٢٣.

ولأنّه مَنَعَ المضطرَّ عن حقِّه؛ لأنَّ حَقَّه ثابتٌ في الشَّفةِ، فكان له أن يقاتِلَه بالسِّلاح.

(**وفي المُحْرَزِ بالإناءِ يُقاتلُه بغيرِ سِلاحٍ**)؛ لأنّه مَلَكَه بالإحرازِ، حتى كان له تَضْمِينُهُ، إلا أنّه مأمورٌ أن يَدْفَعَ إليه قَدْرَ حاجتِهِ، فبالمنع خالفَ الأمرَ فيُؤدِّبَه.

(**والطَّعام حالةَ المَخْمَصةِ كالماءِ المُحْرَزِ بالإناء**) في الإباحةِ والمقاتلةِ والضَّمانِ؛ لما بيّنّا.

ولو كان النَّهرُ أو البئرُ في مواتٍ قد أَحْياه، فليس له أن يَمْنَعَ صاحبَ الشَّفة من الدُّخولِ إذا كان لا يَكْسِرُ المُسَناةَ؛ لأنّ المواتَ كان مُشْتركاً، والإحياء لحقّ مشتركٍ فلا يقطعُ حقّ الشَّفة، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «المسلمون»، وفي رواية: «النّاسُ مُشتركون في ثلاثٍ: في الماءِ والكلأِ والنّار»[1]، أثبت الشَّركةَ فيها للنَّاس كافّة، المسلمون والكفَّارُ فيه سواءٌ، فحُكْمُ الماءِ ما ذَكَرنا.

وأمَّا الكلأُ إن كان في أرضٍ مُباحةٍ، فالنَّاسُ فيه شُركاء في الاحتشاش والرَّعي كاشتراكهم في ماءِ البَحر.

---

(١) سبقه تخريجه قبل أسطر.

وإن كان في أرضٍ مملوكةٍ، وقد نَبَت بنفسِهِ، فهو كالنَّهر في أرضِهِ لا يَمْنَعُ عنه، وله المَنْعُ من الدُّخول في ملكه، وإن لم يجد غيرَه، فعلى التَّفصيل الذي ذكرنا في الماء، وإن أَنبته في أرضِهِ، فهو مملوكٌ له.

والكلأ: ما انبسط على الأرض، ولا ساق له: كالإذخر[1] ونحوه.

أمّا ما له ساقٌ فهو شَجَرٌ، وهو ملكٌ لصاحب الأرض؛ لأنّه ﷺ إنّما أثبت الشَّركة في الكلأ لا في الشَّجر، والعَوْسَجُ[2] من الشجر.

وأمَّا النَّار، فلو أَوْقَدَ ناراً في مفازة، فالجمرُ ملكُه وليس له أن يَمْنَعَ أحداً من الاستضاءة والاصطلاء[3] وأن يَتَخِذَ منها سِراجاً؛ لأنّ الجَمْرَ من الحَطَب، وأنّه ملكُه، والنّارُ جَوْهرُ الجمر، ولأنا لو أطلقنا النّاس في أَخْذِ الجَمْر لم يَبْقَ له ما يَصْطَلي به، ولا ما يَخْبِزُ ويَطْبُخُ به.

وإن أَوْقَدَ النّار في ملكِهِ، فله أن يَمْنَعَ غيرَه من الدُّخول في ملكِه لا من النّار، كما مَرَّ في الماءِ والكلأِ.

---

(١) الإذخر: حشيشة مَعْلُومَة طيبَة الرّيح، كما في مشارق الأنوار١: ٢٥.

(٢) العَوْسَج: من شجر الشَّوكِ، له ثمرٌ مُدوَّر كأنه خَرَزُ العَقيقِ، فإذا عظُم، فهو الغَرْقَد، كما في المغرب٢: ٦١.

(٣) اصطلى النَّار وَبهَا: استدفأ بها، كما في المعجم الوسيط١: ٥٢٢.

فصل

(**كَري الأَنهار العِظام على بيتِ المال**)، وهي التي لا تَدْخُلُ في القاسم كسَيْحون وإخوته: جَيْحُون والنِّيل ودِجْلةَ والفُرات وما شابهها؛ لأنّ مَنْفَعتُها للعامّة، فيكون في مالهم، فإن لم يكن في بيتِ المال شيءٌ أُجبر النّاسُ على كَرْيه إذا احتاج إلى الكَرْي إحياءً لحقِّ العامّة، ودَفْعاً للضَّرر عنهم، لكن يُخرجُ الإمامُ مَن يُطيقُ العَملَ، ويَجْعَلَ مؤونتَهم على المَياسير الذين لا يُطيقونَه.

(**وما هو مملوكٌ للعامّة، فكريه على أهلِهِ**)؛ لأنّ منفعتَه لهم.

(**ومَن أَبى منهم يُجْبَرُ**) دفعاً للضَّرر العامّ، وهو ضررُ الشُّركاء بالضَّرر الخاصّ، كيف وفيه منفعتُه، فلا يُعارضُه.

وإن كان فيه ضررٌ عامٌّ بأن خافوا أن يَنْشَقَّ النَّهرُ، فيخرجُ الماءُ إلى طَريق المسلمين وأراضيهم، فعليهم تحصينُه بالحِصَصِ.

وإن لم يكن فيه ضَررٌ عامٌّ لم يُجْبَروا، وأُمر كلُّ واحدٍ أن يُحَصِّنَ نصيبَه.

والنَّهرُ المَملوك لجماعةٍ مخصوصين فكَريُهُ عليهم، ومَن أَبى منهم قيل: يُجْبَرُ؛ لما مَرّ، وقيل: لا يُجْبَرُ؛ لأنّ كلَّ واحدٍ من الضَّررين خاصٌّ، ويُمْكِنُ دَفْعُهُ بالكَرْي بأَمْر القاضي، ثمّ يَرْجِعُ على الآبي، ولا كذلك الأَوَّل.

قال: (**ومؤونةُ الكَرْي إذا جاوزَ أرضَ رَجُل تُرْفَعُ عنه**)[1].

وقالا: الكَرْي عليهم جميعاً من أَوَّلِهِ إلى آخرِهِ بحصص الشِّرب والأراضي؛ لأنَّ الأعلى يحتاج إلى ما وَراء أَرضِه؛ لتسييل ما فَضُلَ من مائه كي لا يَغْرِقَ أهلُهُ.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه متى جاوزَ الكَري أرضَه تمكَّن من سَقْيها واندفعت حاجتُه، فلا يلزمه ما بعد ذلك، حتى لو أَمْكَنَه السَّقي بدون الكَرْي لا يجب عليه الكَرْي، وما ذُكِر من الحاجةِ يَنْدَفِعُ بسدِّه من أَعلاه، وليس على صاحبِ المَسِيل عِمارتُه كمَن له على سَطْح آخر مَسِيلُ ماءٍ.

وإذا جاوزَ الكَرْيُ أرضَ رَجلٍ هل له أن يَفْتَحَ الماءَ؟ قيل: له ذلك؛ لأنّ الكَرْي قد انتهى في حقِّه، وقيل: لا؛ لأنّه لا يَخْتَصُّ بالانتفاع بالماءِ، ولهذا جَرَتْ العادةُ بالكَرْي من أَسْفلِ النَّهر أو بتركِ بعضِهِ من أَعلاه.

قال: (**وليس على أهل الشَّفة شيءٌ من الكَرْي**)؛ لأنّها شركةٌ عامّة.

قال: (**نَهرٌ لرجل يجري في أرض غيره ليس لصاحبِ الأرض مَنْعَه**)؛ لأنّ صاحبَ النَّهر مُسْتَعمِلٌ له بإجراءِ مائِهِ عَمَلاً بالبَيِّنة، وعلى هذا المَصبِّ في

---

(١) صورة المسألة: لو كان الشركاء في النهر عشرة فعلى كلٍّ عشرُ المؤنة، فإذا جاوزوا أرض رجل منهم فهي على التسعة الباقين أتساعاً؛ لعدم نفع الأول فيما بعد أرضه، وهكذا فمَن الآخر أكثرهم غرامة؛ لأنه لا ينتفع إلا إذا وصل الكري إلى أرضه ودونه في الغرامة من قبله إلى الأول، والفتوى على قول الإمام، كما في رد المحتار ٥: ٢٨٤.

نَهْرٍ أو على سَطْحٍ، والميزابُ والطَّريق في دار غيره، إلا أنّه لا بُدّ له أن يقول في الدَّعوى مَصَبُّ ماء الوضوء أو المطر أو غيره؛ لمكان التَّفاوت.

قال: (**نَهْرٌ بين قوم اختصموا في الشِّرب، فهو بينهم على قَدْرِ أراضيهم**)؛ لأنَّ المقصودَ من الشِّرب سَقْيِ الأرض، فيُقَدَّرُ بقَدْرِها، بخلاف الطَّريق؛ لأنّ التَّطرُّق إلى الدَّار الواسعة والضَّيقة سواءٌ.

ولو كان لبعض الأراضي ساقيةٌ، وللبعض داليةٌ، ولا شيءَ للبعض، وليس لها شِربٌ معلومٌ، فالشِّرب بينهم على قَدْرِ أراضيهم التي على حافةِ النَّهر؛ لأنّ المقصودَ من النَّهر سَقْيِ الأرض لا اتخاذ السَّواقي والدَّوالي، فيَسْتَوي حالهم فيما هو المقصود، ولأنّ الأراضي في الأصلِ لا بدّ لها من شِربٍ.

وإن كان لها شِربٌ معروفٌ من غير هذا النَّهر فلا حقّ له في هذا النَّهر.

قال: (**وليس للأعلى أن يَسْكُرَ**[1] **حتى يَسْتَوفيَ إلا بتراضيهم**)؛ لما فيه من إبطال حقِّ الباقين، وهو منعُ الماء عنهم في بعض المدّة، ولأنّه يحتاجُ إلى إحداثِ شيءٍ في وسطِ النَّهر، ورُبَّما يَنْكَبِسُ ممَّا يحدث فيه عند السَّكْر، ورقبتُه مشتركةٌ بينهم فلا يجوز، لكن يَشْرَبُ بحِصّته، فإذا رضوا بذلك جاز؛ لأنّ الحَقَّ لهم.

---

(١) سَكَر النهرَ: سدَّهُ، كما في المغرب١: ٤٠٤.

وكذلك لو اصطلحوا على أن يَسْكُرَ كلُّ واحدٍ في نوبتِهِ جاز؛ لما قُلنا، لكن لا يَسْكُرُ إلا بلوحٍ أو بابٍ، ولا يَسْكُرُ بالطِّينِ والتُّراب؛ لأنّه يَكْبِسُ النَّهر، وفيه ضررٌ، وإن لم يَسْكُرْ باللَّوح فبالتُّراب.

قال: **(وليس لأحدِهم أن يَشُقَّ منه نَهْراً، أو يَنْصبَ عليه رَحًى، أو يَتَخِذَ عليه جِسْراً، أو يُوسِعَ فمَه، أو يَسُوقَ شِربَه إلى أرضٍ ليس لها شِرْبٌ إلا بتراضيهم)**.

أمّا شَقُّ النَّهر ونَصْبُ الرَّحى؛ فلأنّ فيه كَسْرُ ضَفةِ النَّهر، وشَغل ملك الغير ببُنيانه، إلا أنّ لا تضرَّ الرَّحى بالنَّهر، ولا بالماء، ويكون مكانُها له خاصٌّ فيجوز؛ لأنّه تَصرُّفٌ في ملكِه من غيرِ إضرارٍ بالغير.

وأمّا اتخاذ الجَسْر، فهو كطَريقٍ خاصٍّ بين قوم، والقَنْطَرة كالجِسْر.

وأما تَوْسعةُ فمِهِ؛ لأنّه يَكْسِرُ ضَفةَ النَّهر ويزيد على مِقْدار حَقِّه.

وأمّا سَوْق شِربه إلى أَرض أُخرى؛ فلأنّه ربّما تَقادم العَهْد فيَدَّعيه، ويستدلُّ به على أنّه له، فإذا رَضُوا بذلك جاز؛ لأنّه حَقُّهم.

قال: **(ولو كانت القِسْمة بالكُوى[1]، فليس لأحدِهم أن يَقْسِمَ بالأيّام،**

---

(١) الكُوَّة: ثَقْب البيت، والجمع كُويً، ويُستعار لمفاتح الماء إلى المزارع او الجداوِل فيقال: كِوى النَّهر، كما في المغرب٢: ٢٣٦.

ولا مُناصَفةً)[1]؛ لأنّ الحقَّ ظَهَرَ بذلك، فيُتْرَكُ على حالِه، إلا أن يَتَراضيا؛ لأنّ الحقّ لهما.

قال: (**ولا يَزيد كُوَّةً وإن كان لا يَضُرَّ بالباقين**)؛ لما بيّنّا، بخلاف النَّهر الأعظم؛ لأنّ له أن يَشُقَّ فيه نهراً مبتدأ، فزيادة الكُوَّة أولى.

* * *

(١) بيانها: ليس لواحد منهم أن يقسم بالأيام ولا مناصفةً مع أن القسمة قد كانت من القديم بالكِوى، وكذا لا يجوز أن يقسم بالكوى وقد كانت بالأيام؛ لأن القديمَ يتركُ على قدمه إلاَّ أن يرضى الكلّ، كما في مجمع الأنهر ٢: ٥٦٦.

كتاب المزارعة

(وهي) مُفاعَلةٌ من الزِّراعة، وهي الحَرْثُ والفِلاحة، وتُسمَّى مُخابَرةٌ، مُشْتَقَّةٌ من خَيْبَر، فإنّه ﷺ «دفع خَيْبَرَ مُزارعة»[١]، فسُمِّيَت المُزارَعةُ مُخَابرة لذلك ، أو من الخَبِير، وهو الأكّار[٢]، أو من الخُبرة بالضَّمّ: النَّصيب، أو من الخَبار: الأرض اللَّينة.

وتُسمَّى المُحاقلة مُشتَقّةٌ من الحَقْل، وهو الزَّرع إذا تَشَعَّب قبل أن يَغْلُظَ سُوقُه، وقيل: الحَقْلُ: الأرضُ الطَّيبةُ الخالصةُ من شائِبةِ السَّبْخ[٣] الصَّالحة للزِّراعة، وتُسَمِّيه أهلُ العِراق القَراح.

وفي الشَّرع: **(عقدٌ على الزَّرع ببعض الخارج.**

وهي جائِزةٌ عند أبي يوسف ومحمّد رضي الله عنهما)؛ لأنّ النَّبيَّ ﷺ «عامل أهل

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» في صحيح مسلم٣: ١١٨٦.

(٢) الأكار: الفلاح، كما في المصباح١: ٢٩.

(٣) الأرضُ السَّبِخةُ التي لا تُنبت ما يُنتفعُ به، كما في المغرب٢: ٣٠.

خَيْبر على نصفِ ما يخرج من تمر وزَرْع»[١]، ولأنّ الحاجةَ ماسَّة إليها؛ لأنّ صاحبَ الأرض قد لا يَقْدِرُ على العَمَل بنفسِهِ، ولا يجدُ ما يَستأجِرُ به، والقادرُ على العَمَل لا يجد أَرْضاً ولا ما يُعْمَلُ به، فَدَعَت الحاجةُ إلى جوازها دَفْعاً للحاجة كالمُضاربة.

(وعند أبي حنيفة ﷺ: هي فاسدةٌ)؛ لما رَوَى رافعُ بنُ خَديج ﷺ قال: «نَهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، نَهانا إذا كان لأَحدنا أَرْضٌ أن نُعطيها ببعض الخارج، ثلثُه، أو نصفُه، وقال: مَن كانت له أَرْضٌ فليَزْرَعْها أو يَمْنَحَها أخاه»[٢]، وهذا متأخرٌ عمَّا كانوا يَعْتقدونه من الإباحةِ، ويَعْملونه فاقتضى نسخَه.

وعن زيدِ بن ثابتٍ ﷺ قال: «نَهانا رسول الله ﷺ عن المُخابَرة، قال: قلت: وما المُخابرة؟ قال: أن تأخذ أرضاً بثُلُثٍ أو نصفٍ أو رُبُعٍ»[٣].

---

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

(٢) في مصنف ابن أبي شيبة ١: ٧٦ بهذا اللفظ، و عن رافع بن خديج ﷺ، قال: «كنا نحاقل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فنكريها بالثُّلث والرُّبع، والطَّعام المُسمَّى، فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا، «نهانا أن نحاقل بالأرض، فنكريها على الثُّلُث والرُّبع، والطَّعام المُسمَّى، وأمر ربَّ الأرض أن يزرعَها، أو يُزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك» في صحيح مسلم٣: ١١٨١.

(٣) فعن زيد بن ثابت ﷺ، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المُخابرة، قلت: وما المُخابرة؟

وعن ابن عُمر ﷺ قال: «كنا نُخابر ولا نَرَىٰ بذلك بأساً، حتىٰ ذكر رافعُ بنُ خَديج ﷺ أنّ النَّبيَّ ﷺ نَهَىٰ عن المُخابرة، فتركناه من أجل قولِه»[١]؛ ولأنّه استئجارٌ بأُجرةٍ مجهولةٍ معدومةٍ، وذلك مُفْسدٌ، ولأنّه استئجارٌ ببعضِ ما يحصل من عملِه، فلا يجوز كقَفيز الطَّحان[٢].

وحديث خَيْبر مَحْمُولٌ علىٰ أنّه خراجُ مُقاسمة، فإنّه ﷺ لّما فَتَحَ خَيْبرَ عَنْوةً، تَرَكَ خَيْبَرَ علىٰ أهلِها بوظيفةٍ وَظَّفَها عليهم، وهي نصفُ ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم.

(والفَتْوى على قولهما)؛ لحاجة النَّاس، وقد تعامل بها السَّلَف[٣]، فصارت شريعةً مُتوارثةً، وقضيّةً متعارفةً.

قال: أن تأخذ الأرض بنصفٍ أو ثلثٍ أو ربعٍ» في سن٠ن أبي داود٢: ٢٨٣، ومسند أحمد٥: ١٨٧، وقال الأرنؤوط: صحيح.

(١) فعن ابن عُمَر ﷺ: «كنا نخابر، ولا نَرَىٰ بذلك بأساً حتىٰ زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن المُخابرة، فتركناه لقوله» في سنن ابن ماجة٢: ٨١٩، وسنن النسائي الكبرىٰ٤: ٤١٢، ومسند أحمد٢٨: ٥١٥.

(٢) سبق تخريجه في سنن البيهقي٥: ٣٣٩، وسنن الدراقطني ٣: ٤٧، وقال ابن حجر في الدراية ٢: ١٩٠: في إسناده ضعف، وقال البيهقي: له طرق يقوي بعضها بعضاً.

(٣) وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين مِن بعدهم إلىٰ يومنا هذا بلا نكير، كما في التبيين٥: ٢٧٨. والفتوىٰ علىٰ قولهما، كما في الوقاية٥: ٧٤، وفي التصحيح ص٣١٤: «والفتوىٰ علىٰ قولهما، قاله قاضي خان ﷺ في أوّل الكتاب، وقال أيضاً في

قال الحَصيري[١]: وأبو حنيفة ﵁ هو الذي فَرَّعَ هذه المَسائل على أصولِه لعلمِه أنّ النَّاس لا يأخذون بقوله.

كتاب المزارعة: «والفتوى على قولهما؛ لتعامل الناس بها في جميع البلدان»، وقال في «الخلاصة»: «والمزارعة جائزة على قولهما، والفتوى على قولهما»، وقال في «مختارات النوازل»: «وقالا: هي جائزة، وهو اختيار مشايخ بلخ وهو الأصحّ، وعليه الفتوى»، وقال في «الحقائق»: «والفتوى على قولهما للتعامل»، وقال في «الصغرى»: «وفي المزارعة والمعاملة والوقف، الفتوى على قول أبي يوسف ومحمّد ﵄؛ لمكان الضرورة والبلوى»، وقال في «التتمة»: «أخذ الفقيه أبو الليث بقول أبي حنيفة ﵁في الأجير المشترك إذا هلك عنده الشيء بلا بصنعه، وبه أفتي، وفي المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد ﵄؛ لمكان الضرورة والبلوى»، وقال في «الفتاوى الكبرى»: «المزارعة والمعاملة عند أبي حنيفة ﵁ فاسدتان، وعند أبي يوسف ومحمد ﵄ جائزتان، والفتوى على قولهما»، وقال في «الهداية»: «إلا أنَّ الفتوى على قولهما؛ لحاجة الناس إليها، ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل، كما في الاستصناع»، وقال الإمام المحبوبيّ: «وصحَّت عندهما، وبه يفتى»، ومشى عليه النسفيّ».

(١) وهو محمد بن أحمد بن عبد السيد البُخاري الحَصيري، نسبة إلى محلة كان يعمل فيها الحَصير تلميذ حسن بن منصور قاضي خان، قدم الشام، ودرس وأفتى، قال اللكنوي: كان إماماً فاضلاً انتهت إليه رياسة الحنفية، ومن تصانيفه: شرحان للجامع الكبير: أحدهما مختصر والآخر مطول سماه «التحرير» و«شرح السير الكبير»، (٥٤٦ - ٦٣٦). ينظر: النافع الكبير ص٥٦.

قال: (**ولا بُدّ فيها من التَّأقيت**)[1]؛ لأنّها تَنْعَقِدُ إجارةً ابتداءً وشركةً انتهاءً، ولأنّها تَرِدُ على مَنْفعةِ الأَرض والعامل، فلا بُدّ من تعيينِ المُدَّة كالإجارة.

---

(١) شروط صحة المزارعة هي:
١. أن تكون الأرض صالحة للزراعة؛ لأنَّ المقصود لا يحصل بدونه.
٢. أن يكون ربّ الأرض والمزارع من أهل العقد؛ لأنَّ العقد لا يصحّ إلاّ من الأهل.
٣. أن يبيِّن المدّة؛ لأنَّه عقد على منافع الأرض أو العامل، وهي تعرف بالمدة.
رابعاً: أن تكون المُدّةُ قدر ما يتمكّن فيها من الزراعة أو أكثر.
٤. أن يبيِّن مَن عليه البذر؛ لأنَّ المعقود عليه، وهو منافع العامل أو منافع الأرض لا يعرف إلاّ ببيان من عليه البذر؛ لأنَّه المستأجرُ، فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الإجارة من منافع العامل، أو منافع الأرض.
٦. أن يُبَيِّن جنسَ البذر؛ لأنَّ الأجرةَ منه فلا بُدّ من بيان جنس الأجرة.
٧. أن يُبيِّنَ نصيبَ مَن لا بذر من جهته؛ لأنَّه أجرة عمله أو أرضه، فلا بُدّ أن يكون معلوماً.
٨. أن يخلي بين الأرض والعامل؛ لأنَّه بذلك يتمكَّن من العمل.
٩. أن يكون الخارجُ مُشتركاً بينهما.
١٠. أن تكون صورتها تصحّ إجارةً؛ لأنَّ مَن جوّزها إنّما جَوَّزها على أنَّها إجارةٌ، فلها الصورة الآتية:
أ. أن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر، فيكون صاحب البذر والأرض مستأجِراً للعامل، وبقره تبع له لاتحاد منفعتهما.

قال: (**ومَن صَلاحيّة الأَرْض للزِّراعة**)؛ ليحصل المقصود؛ إذ هي المَحلّ.

قال: (**ومَن مَعرفةِ مِقدار البِذْر**) قَطْعاً للمُنازعة، (**ومَعْرفةِ جِنْسِهِ**)؛ لأنّه الأجرة، (**ونَصيبِ الآخر**)؛ لأنّه يَسْتَحقّه عِوَضاً بالشَّرط، ولا بُدَّ أن يكون العِوَض مَعْلوماً.

قال: (**والتَّخْليةُ بين الأَرْض والعامل**)؛ لما مَرَّ في المُضاربة.

(**وأن يكون الخارج مُشْتركاً بينهما**)؛ لما مَرّ في المُضاربة، فكلُّ شَرْطٍ يُؤدي إلى قَطْع الشَّركةِ يُفْسِدُها، (**حتى لو شرطاً لأحدهما قُفْزاناً معلومةً، أو ما على السَّواقي، أو أن يَأخذ رَبُّ البِذْر بِذْرَه، أو الخَراج فَسَدَت**)؛ لأنّه يُؤدِّي إلى قَطْع الشَّركة، وقد مَرَّ في المُضاربة.

قال: (**وإن شَرَطَ رَفْعَ العُشْر جاز**)؛ لأنّه لا يؤدي إلى قطع الشَّركة؛ لأنّه لا بُدّ أن يبقى بعده تِسْعةَ أَعْشار، فتَبْقَى الشَّركة فيه، بخلاف الخَراج والبِذْر؛ لأنّه قد لا يخرج إلا ذلك القَدْر أو أَقلّ منه، فيُؤدِّي إلى قَطْع الشَّركة فيَبْطُل.

ب.أن تكون الأرض لواحدٍ والباقي لآخر، فيكون صاحبُ البذر مستأجِراً للأرض بأجر معلوم من الخارج.

ج.: أن يكون العمل لواحد والباقي لآخر، فيكون صاحبُ البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج ، كما في التبيين٥: ٢٧٨-٢٨٠، ٥: ٧٥-٧٦.

قال: (**وإذا كانت الأرضُ والبِذْرُ لواحدٍ والعَمَلُ والبَقَرُ لآخر، أو كانت الأرضُ لواحدٍ والباقي لآخر، أو كان العَمَلُ من واحدٍ والباقي لآخر، فهي صَحيحة**)؛ لأنّه استئجار للأرض أو للعامل.

أمّا الأوَّل؛ فلأنّه استئجارٌ للعامل، والبَقَرُ آلةُ العَمَل، فكانت تابعةً له لا يُقابُلها أُجرة كإبرةِ الخَيَّاطِ.

وأمّا الثَّاني؛ فهو استئجارُ الأَرض ببعض معلوم، فصار كالدَّراهم المعلومة.

وأمّا الثَّالثُ؛ فهو استئجارٌ للعامل؛ ليَعْمَل بآلةِ المُسْتَعْمِل، كما إذا شَرَطَ على الخيَّاط أن يخيطَ بإبرة صاحبِ الثَّوب.

(**وإذا صَحَّت المُزارعةُ، فالخارجُ على الشَّرطِ**) عَمَلاً بالتزامهما، قال ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[1]، (**فإن لم يخرج شيءٌ، فلا شَيءٌ للعامل**)؛ لأنّها شَركةٌ في الخارج، ولا خارج، وصار كالمُضارب إذا لم يَرْبَحْ، وإن كانت إجارةً فقد عَيَّنَ الأُجرةَ فلا يَسْتَحِقُّ غَيْرَها، بخلاف الفاسدة؛ لأنّ أَجْرَ المِثْلِ يَتَعَلَّقُ بالذِّمّة، فلا يفوت بفواتِ الخارج.

---

(١) فعن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «المسلمون عند شروطهم ما وافقَ الحقّ» في المستدرك٢: ٥٧، وصحيح البخاري معلقاً٣: ٩٢.

قال: (**وما عدا هذه الوجوه فاسدةٌ**)[1]، وهي ثلاثةٌ أيضاً، وهي:

١. أن يكون البَقَرُ والآلاتُ من ربِّ الأرض، والبِذْرُ من العامل.

٢. أو يكون البِذْرُ من أحدِهما والباقي من الآخر.

٣. أو تكون الأرضُ من واحدٍ، والبَقَرُ من آخر، والبِذْرُ من آخر، والعَمَلُ من آخر.

أمَّا الأَوَّل فالمذكورُ رواية «الأصل»، ورُوِي عن أبي يوسف رضي الله عنه جوازه؛ لأنّه استئجارُ الأرض ببعض الخارج، فيجوزُ، ويُجْعَلُ البَقَرُ تَبَعاً للأرض، كما تُجعل تَبَعاً للعامل.

وجه الظَّاهر: أنّ منفعةَ البقر من جنس منفعة العامل؛ لأنّ الكلَّ عملٌ، فأمكن جعلُها تَبَعاً للعامل، وليست من جِنْس مَنْفعة الأَرض؛ لأنّ

---

(١) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية٥: ٧٥-٧٦: «اعلم أنَّها بالتَّقسيم العقليّ على سبعة أوجه؛ لأنَّه إما أن يكون الواحد من أحدهما، والثلاثة من آخر، وهذا على أربعة أوجه، وهو إما أن يكون الأرض، أو العمل، أو البذر، أو البقر من أحدهما، والباقي من الآخر، والأولان جائزان، والثالث لا؛ لاحتمال الربا، والرابع غير مذكور في الهداية، وهو أيضاً غير جائز؛ لأنَّه استئجار البقر بأجر مجهول. وإما أن يكون اثنان من أحدهما، واثنان من الآخر، وهو على ثلاثة أوجه، وذلك إما أن يكون الأرض مع البذر، أو مع البقر، أو مع العمل من أحدهما، والباقيان من الآخر، والأول جائز دون الآخرين، إذ لا مناسبة بين الأرض والعمل، وكذا بين الأرض والبقر».

منفعةَ الأرض قوَّةٌ في طَبْعِها بخَلْقِ الله تعالى، يَحْصُلُ بها النَّماء، فلا يُمكن جَعْلُها تَبَعاً.

وأمَّا الثَّاني؛ فلأنّه شركةٌ بين البِذْرِ والعَمَلِ ولم يَرِدْ به الشَّرع.

وأمّا الثَّالثُ؛ فلِما رُوِي أنّ أربعةً اشتركوا على عَهْدِ رسولِ الله ﷺ من قِبَلِ أحدهم الأرض، ومن قِبَل الآخر البِذْر، ومن قِبَل الآخر البَقَر، ومن قبل الآخر العَمَل، فأَبْطلَها ﷺ، قال أبو جَعْفر الطَّحاويُّ ﵀ في «شَرْح الآثار»: «فزَرَعوا ثمَّ حَصَدوا ثمّ أَتوا النَّبيَّ ﷺ، فجَعَلَ الزَّرعَ لصاحب البِذْر، وجَعَلَ لصاحب العَمَل أجراً مَعْلوماً، وجَعَلَ لصاحبِ الفَدَّان[1] كلّ يوم درهماً، وألغى الأرض في ذلك»[2].

ووجه آخر فاسدٌ أيضاً، وهو أن يكون البِذْرُ والبَقَرُ من جانبٍ والعملُ والأرضُ من جانب؛ لما مَرّ في الوجهِ الثّاني.

قال: (**وإذا فَسَدَت، فالخارجُ لصاحب البِذْر**)؛ لأنّه نماءُ ملكه، والآخرُ إنّما يستحقُّه بالتّسميةِ، وقد فسدت، (**وللآخر أَجْر عَمِلهِ**) إن كان البذرُ من ربِّ الأرض، (**أو أَجْر أرضِهِ**) إن كان البِذْرُ من قِبَل العامل، (**لا يُزاد على قَدْر المُسمَّى**)؛ لأنّه رَضِي بقَدْر المُسمَّى.

---

(١) الفَدَّان بالتثقيل: آلة الحرث، ويطلق على الثورين يحرث عليهما في قران، وجمعه فدادين، وقد يخفف، فيجمع على أفدنة وفدن، كما في المصباح٢: ٤٦٥.

(٢) انتهى من شرح معاني الآثار٤: ١١٩.

وقال مُحَمَّدٌ ﵁: تجبُ بالغةً ما بَلَغَ، وقد سَبَقَ في الإجارةِ.

وإذا كان البِذْرُ لربِّ الأَرضِ في المُزارعةِ الفاسدةِ طابَ له جميعُه؛ لأَنّه نَماءُ بذرِهِ في أَرْضِهِ.

وإن كان من العامل طابَ له قَدْرُ بذره، وقَدْرُ أَجْر الأرض، وتَصَدَّقَ بالفضل؛ لأَنّه حَصَلَ من بِذْرِهِ، لكن في أَرْضٍ مملوكةٍ للغير بعقدٍ فاسدٍ أَوْجبَ خُبْثاً، فما كان عِوَضَ مالِهِ طاب له وتَصَدَّقَ بالفَضْل.

وإن شَرَطا عَمَلَهما جميعاً، فهي فاسدةٌ؛ لأنّ البِذْرَ إن كان من صاحبِ الأرض، وقد شُرِطَ عملُه لم توجد التَّخليةُ بين الأَرْض والعامل، وقد بيَّنّا أنّها شَرْطٌ.

وإن كان من العامل، فالعاملُ قد استأجرَ الأرضَ، فإذا شَرَطَ عَمَلَ صاحبها لم يَسْلَم له ما استأجر فيَبْطُلُ.

ولو شَرَطا الخارجَ كلَّه لأحدِهما والبَذْرُ من صاحبِ الأرض جاز، فإن شَرَطاه له يكون مستعيناً بالعامل؛ لِيَزرَع أرضَه.

وإن شرطاه للعامل يكون إعارةً للأرض وإقراضاً للبِذْر فيه.

وإن كان البِذْرُ من العاملِ، فإن شَرَطاه لربِّ الأرض فَسَدَت، والخارجُ لربِّ البِذْر، وعليه مِثْلُ أَجر الأرض؛ لأنّه يصيرُ مُستأجراً للأرض بجميع الخارج، وأنّه يقطعُ الشَّركة.

وإن شَرَطاه للعامل جاز ويكون مُعِيراً أرضَه منه.

قال: (**ولو شَرَطا التِّبنَ لرَبِّ البِذْر صَحَّ**)، معناه بعد شَرَطَ الحَبَّ بينهما؛ لأنّه حكمُ العَقْد؛ لأنّ التِّبنَ من البِذْر، (**وإن شَرَطاه للآخر لا يَصِحُّ**)؛ لأنّه رُبَّما لا يَخْرُجُ إلا التِّبنَ، وهو إنّما يَسْتَحِقُّه بالشَّرْطِ[1].

ولو شَرَطا الحَبَّ نِصْفين ولم يتعرَّضا للتِّبن صَحَّت الشَّركة في المَقْصود، والتِّبنُ لربّ البذر؛ لأنّه نماءُ بذره، وقيل: بينهما تَبَعاً للحَبّ[2].

ولو شَرَطا التِّبْنَ لأحدِهما والحبَّ للآخر فهي فاسدةٌ؛ لأنهّ رُبَّما يُصيبُهُ آفةٌ، فلا يَنْعَقِدُ الحَبّ.

قال: (**وإن عقداها فامَتْنَعَ صاحبُ البِذْر لم يُجْبَرْ**)، ولا شيءَ عليه من عمل الكِراب[3] في القَضاء، ويلزمه ديانةً أن يُرْضيه؛ لأنّه غَرَّه.

والأصلُ فيه: أنَّ المُزارعةَ غيرُ لازمة في حقِّ صاحبِ البِذْرِ؛ لأنّه لا يُمكنه الوفاءُ بالعَقد إلا بإتلافِ مالِهِ، وهو البِذْرُ، وهي لازمةٌ في حَقِّ الآخر؛ لأنّ منفعَةَ العامل أو منفعةَ الأرض صارت مُسْتحقّةً للآخر، فيَجِبُ عليه تَسْليمُها.

---

(١) أي لأن الآخر إنما يستحقّ بالشرط، فلو صححنا هذا العقد أدىٰ إلى أن يستحقّ أحدهما شيئاً من الخارج بالشرط دون صاحبه، بأن يحصل التبن دون الحب، بخلاف الأوّل، فاستحقاق رب البذر ليس بالشرط، بل لأنه نماء بذره، كما في المبسوط٢٣: ٦١.

(٢)وقال مشايخ بلخ: التبنُ بينهما أيضاً؛ اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان؛ ولأنَّه تبع للحبّ والتبع يقوم بشرط الأصل، كما في الجوهرة١: ٢٧١.

(٣) من كَرَبَ الأرض كَرْباً قَلَبَها للحَرْث، كما في المغرب٢: ٢١٣.

والمُعاملةُ لازمةٌ من الجانبين(١)؛ لأنّ صاحبَ النَّخيل مُستأجرٌ وإن كان لا يُجْبَرُ على إيفاءِ المَنْفَعة، إلا أنّه لا ضَرر له في إتلافِ مالِه، وفيه مَنْفعةٌ للعامل؛ لأنّ في مُضي المُدّةِ تُثْمِرُ الأشجار لا محالةَ، فيَحْصُلُ له الأَجر، ومَنْفَعةُ العامل مملوكةٌ لصاحب النَّخيل، فيَجْبَرُ على إيفائها.

قال: (**وإن امتنعَ الآخر أُجبر**)؛ لأنّ العَقدَ لازمٌ كالإجارة، ولا ضررَ عليه في الوَفاء به، (**إلا أن يكون عذرٌ تُفْسَخُ به الإجارةُ، فتُفْسَخُ به المُزارعةُ**)؛ لأنّها في معنى الإجارة، وإذا لَزِمَ رَبُّ الأَرْض دَيْنٌ، واحتاج إلى بيعها فيه، باعها الحاكمُ كما في الإجارة.

(**وليس للعامل أن يُطالبَه بأُجرةٍ الكِراب وحَفْر الأَنْهار**)؛ لأنّ المَنافعَ إنّما تتقوَّمُ بالعَقْدِ، وإنّما قُوِّمَت بالخارج، وقد انْعَدَمَ.

ولو نَبَتَ الزَّرعُ ولم يُحْصَدْ لا تُباع الأرض حتى يَسْتَحْصِدَ؛ لما فيه من إبطال حقِّ المزارع، وتأخير حقِّ ربِّ الدَّين أَهْون، ولا يحبسُهُ القاضي؛ لأنّه

---

(١) المعاملة لازمة من الجانبين في الحال، حتى إن كلَّ واحدٍ من العاقدين لا يملك الفَسخ إلا بعقد، والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته، حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر، غير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض، حتى يملك الفسخ من غير عذر، وبعد ما أَلْقَى البِذْرَ في الأرض تصير لازمةً من الجانبين، حتى لا يَمْلِكُ أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر، أتقاني، كما في الشلبي٥: ٢٧٨، وفي الهندية٥: ٢٦٠: «وفي المعاملة إذا امتنع أحدهما عن المضي عليها، فليس له ذلك إلا بعذر، فالمعاملة لازمة من الجانبين، كذا في «الذخيرة»».

ليس بظالم والحَبْسُ جزاءُ الظُّلْم.

قال: (**وأُجْرةُ الحَصَّادِ والرِّفاع والدِّياس والتَّذْريةِ عليهما بالحِصَص**)؛ لأنَّ العَقْدَ انتهى بانتهاءِ الزَّرْع لحصول المقصود، فبَقِي مالاً مُشْتركاً بينهما بغير عَقْد، فتكون مؤونتُه عليهما، فإن أنفق أحدُهما بغير إذن الآخر ولا أمر القاضي، فهو مُتَبَرِّعٌ؛ إذ لا ولاية له عليه.

(**ولو شَرَطا ذلك على العامل لا يجوز**)، وأصلُه أنّه متى شَرَطَ في المُزارعةِ ما ليس من أعمالها فَسَدَت؛ لأنّه شَرْطٌ لا يَقْتَضيه العَقد، وفيه نفعٌ لأحدِهما، فصار كاشتراط الحَمْل عليه، (**وعن أبي يوسف ﷺ: جَوازه، وعليه الفتوى**)[1]؛ للتَّعامل كالاستصناع.

ولو شَرَطا ذلك على رَبِّ الأَرْض لا يجوز بالإجماع؛ لعدم التَّعارف.

---

(١) وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّه يجوز إذا شرط ذلك على العامل؛ للتعامل اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ، قال شمس الأئمة السرخسي ﷺ: هذا هو الأصح في ديارنا، كما في الهداية٩: ٤٧٧.
وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ﷺ، قال في الخاصي: وصحَّحه الفضليّ، وقال في الينابيع: وهو اختيارُ مشايخ خُراسان، قال الفقيه: وبه نأخذ، وقال الإسبيجابي: عن أبي يوسف ﷺ: إن شرطا ذلك على الوسط جاز، وإن شرطا على العامل فكذلك، وهو اختيارُ مشايخ العراق؛ اتّباعاً للتعامل، وقال في مختارات النوازل: وهو اختيار مشايخ بلخ وبخارى للعرف بينهم، والأول ظاهر الرواية، وأفتى به الحسام الشهيد في الكبرى، كما في التصحيح ص٣١٦.

وإن شَرَطا ما هو من أَعْمال المزراعة لا يُفْسِدُها، وهو كلُّ عَمِل يُنْبُتُ ويَزيد في الخارج، وما لا يُنْبِتُ ولا يَزيدُ ليس من عَمَلِها.

وكلُّ شَرْطٍ يَنْتَفِعُ به رَبُّ الأَرْض بعد انقضاءِ المُدّةِ يُفسدُها: ككَري الأَنْهار، وطَرْح السِّرقين[1] في الأَرض، وبناءِ الحائط، وتَثْنيةِ الكِراب.

وقيل: إن كانت المُزارعةُ سنتين لا تُفْسِدُ في التَّثنية؛ لأنّ منفعتَه لا تَبْقَى.

وقيل: إن كان في الخُضْرةِ لا تُفْسِدُ أيضاً؛ لأنّ منفعتَه لا تَبْقَى بعدها، فإنّه لو كَرَبَ مِراراً لا تَبْقَى منفعتُه بسقي واحدٍ، ولو بَقِيت فَسَدَت.

واختلفوا في التَّثنية: قيل: هو أن يَكْرُبها مَرّتين، وهو المشهور، وفيه الكلام.

وقيل: إن يَكْرُبَها بعد الحَصاد، ويُسلِّم الأرضَ مُكْروبةً، وهذا فاسدٌ بكلِّ حالٍ.

فكلُّ عملٍ قبل الإدراك ممَّا يحصل به الخارج كالحفظِ والسَّقي على العامل؛ لأنّ رأسَ المال العَمل، وما بعد الإدراك قبل القِسمة عليهما على ما ذكرنا: كالحَصاد وإخوته.

وما بعد القِسْمةِ: كالحَمْل والطَّحن عليهما بالإجماع.

---

(١) السرقين: وهو الزبل، كما في المغرب ١: ٣٦٠.

ولو أراد فَصْلَ الزَّرع قَصِيلاً[1] أو جِذاذَ الثَّمرة بُسْراً أو التقاط الرُّطب، فهو عليهما؛ لأنّهما أَنْهيا العقدَ بعزمِهما، فَصار كما بعد الإدراك.

قال: (**وإذا مات أحدُ المُتعاقدين بَطَلَت**)؛ لما مرّ في الإجارة.

ولو مات رَبُّ الأَرض والزَّرع لم يُسْتَحْصَدْ تُرك حتى يحصدَ مراعاةً للحَقَّين، ويَنْتَقِضُ فيما بقي إن كان العقدُ على أكثر من سنة؛ لأنّ بقاءَه في السَّنة الأولى؛ لما بيَّنّا من العُذْر، وقد زال، ولا ضرر فيه على العامل؛ لما تَقَدَّمَ.

ولو مات بعدما كُرِبَ وحُفِر انتَقَضَت، ولا شيءَ للعامل في مقابلةِ عَمَلِه، وقد مَرَّ.

قال: (**وإذا انْقَضَت المدّةُ ولم يدرك الزَّرع، فعلى المُزارع أُجرةُ نصيبه من الأرضِ حتى يُسْتَحْصَدْ**)؛ لأنّ إبقاءَ الزَّرعِ بأَجرِ المِثْل نظراً للجانبين.

قال: (**ونفقةُ الزَّرع عليهما حتى يُسْتَحْصَدَ**)؛ لانتهاء العَقد، فصار عملاً في مالٍ مُشتركٍ، فيكون عليهما.

ولو مات ربُّ الأرضِ والزَّرع بقلٌ، فالعملُ على العامل؛ لبقاء العقد ببقاء مدّته.

---

(١) القَصيل: وهو الشَّعير يُجَزُّ أخضَر لعلَف الدواب، والفقهاء يُسَمُّون الزَرْع قبل إدراكه قَصيلاً، وهو مجاز، كما في المغرب٢: ١٨٣.

فصلٌ

ومَن سَقَىٰ أرضَه، فسال من مائه إلىٰ أرضِ غيرِه فغرَقَّها، أو نَزَّت إليها فلا ضَمان عليه.

معناه: إذا سقاه سَقْياً مُعتادّاً، أمّا إذا كان غيرَ مُعتادٍ ضَمِن؛ لأنّه مُتَعَدٍّ؛ لأنّه تَسَبَّبَ لتغريقِ أرضِ الغَيْر غالباً.

ولو كان في أرضِه جُحْرُ فأرةٍ، فَخَرَج منه الماءُ إلىٰ أرض جاره، فغَرِقَت إن لم يَعْلَم به لم يَضْمَن؛ لعدم التَّعدِّي، وإن عَلِم ضَمِن للتَّعدِّي.

وعلىٰ هذا إذا فَتَحَ رأس نَهْره فسال إلىٰ أَرضِ جاره، فَغَرِقَتْ إن كان مُعْتاداً لا يَضْمَن، وإلاّ ضَمِن.

وكذا لو أَحْرَقَ الكَلأَ والحَصائدَ في أرضِهِ، فذهبت النَّار فأحرقت شيئاً لغيره، إن كان إيقاداً مُعتاداً لا يَضْمَنُ، وإلا ضَمِنَ.

وقيل: إن كان يوم ريح وعَلِم أنّ النَّار تتعدَّىٰ ضَمِن.

* * *

كتاب المُساقاة

وتُسمَّى مُعاملةٌ[1]، مُفاعلةٌ من السَّقْي والعَمَل، وهي أن يقوم بما يحتاج إليه الشَّجر من تَلْقيح وعَسَفٍ وتَنْظيفِ السَّواقي، وسقيٍ وحراسةٍ وغير ذلك.

(**وهي كالمزارعةِ في الخِلافِ والحُكْمِ**)[2]، وقد مرّ.

قال: (**وفي الشَّرط إلا المدّة**)[3]، والقياسُ أن تذكرَ المدّة؛ لما فيها من معنى الإجارة.

---

(١) اصطلاحاً: دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أنَّ الثمر بينهما، كما في الكنز ٥: ٢٨٤.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنه: «أنَّه دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها» في صحيح مسلم٣: ١١٨٦-١١٨٧، وسنن الترمذيّ٣: ٦٦٦.

(٣) أي: شروطها شروط المزارعة عند من جوزها إلا في أربعة أشياء:

وفي الاستحسان: يجوزُ وإن لم يُبيِّنها[1]، وتقعُ على أوَّل ثَمَرةٍ تَخْرُجُ؛ لأنّ وقتَ إدراكِ الثَّمرةِ معلومٌ، والتَّفاوتُ فيه قليلٌ، ويَدْخُلُ فيه المُتيقَّن، بخلاف الزَّرع، فإنّه يختلفُ كثيراً ابتداءً وانتهاءً، رَبيعاً وخَريفاً وغيرَ ذلك.

وفي الرَّطبةِ إدراكُ بذرِها؛ لأنّ له نهايةً معلومةً، معناه: إذا دَفَعَها بعدما تَناهى نباتُها ولم تَخْرِجْ البَذْرَ، فيَقُومُ عليها؛ ليُخْرِجَ البِذْرَ.

أمّا إذا دَفَعَها وقد نَبَتَ، أو دَفَعَ البِذْرَ ليَبْذِرَه فهي فاسدةٌ، وإن كان وقتَ جَزِّها معلوماً جاز، ويقع على الجزّة الأُولى كالثَّمرةِ في الشَّجر.

ولو دَفَعَ غَرْسَ شَجرٍ أو كرمٍ قد عَلِق ولم تبلغ الثَّمرةُ على أن يقوم عليه، والخارجُ نصفان فهي فاسدةٌ لجهالة المدّة، فإنّه يختلف بقوّة الأرضِ وضَعْفِها، ولا يدرى متى تحمل، فإن سميا مدّةً يُعْلَمُ أنّها تُثْمِرُ فيه جاز.

---

١. إذا امتنع أحدُهما يجبر عليه؛ لأنَّه لا ضرر عليه في المضي، بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحبُ البذر إذا امتنع.

٢. إذا انقضت المُدّة يترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر، وفي المزارعة بأجر.

٣. إذا استحقّ النخيل يرجع العامل بأجر مثله، والمزارع بقيمة الزرع.

٤. إذا لم يبيّن فيها المدّة يجوز استحساناً، كما في التبيين ٥: ٢٨٤.

(١) إلاّ أنَّه تُرك القياس؛ لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة، ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى إنَّه لو وجد التعامل به في موضع يجوز مِن غير بيان المدّة، وبه كان يفتي محمّد بن سلمة رضي الله عنه، وهذا استحسان، ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة، كما في البدائع ٦: ١٨٦.

قال: (**وإن سَميا مُدّةً لا تَخْرُجُ الثُّمرةُ في مِثْلِها فهي فاسدةٌ**)؛ لفوات المقصودِ، وهي الشَّركةُ في الخارج.

وإن شَرَطا وقتاً قد تُدْرِكُ الثَّمرةُ فيه وقد تتأخرُ عنه، فهي موقوفةٌ؛ لأنا لا نَتيَقَّنُ بفواتِ المقصود، فإن أَدْرَكَت فيه تَبَيَّنَ أنّها كانت جائزةً، وإن لم تُدْرِكْ ففاسدة، وله أَجْرُ مِثْلِه؛ لفسادِ العقدِ.

كذلك إن أَخْرَجَت في تلك السَّنة ما لا يُرْغَب فيه[1].

وإن أَحال في تلك السَّنة[2]، فلم تُخْرِج شَيْئاً، فهي جائزةٌ؛ لأنّه متى كان خروجُ الثَّمرة مَوهوماً انعقدت موقوفةً، فلا تَنْقَلِبُ فاسدةً.

قال: (**وإن دَفَعَ نَخْلاً أو أُصولَ رَطْبةٍ**[3] **ليقوم عليها وأطلق، لا يجوز في الرَّطبة إلا بمُدّةٍ مَعْلومةٍ**)؛ لأنّه ليس لها نِهايةٌ مَعلومةٌ؛ لأنّها تَنْمو ما تُرِكَت في الأرض، فجُهِلت المُدّة، ومعناه إذا لم يُعْلَم وقتُ جزازها على ما تَقَدَّم.

---

(١) لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدمه سواء، كما في رد المحتار٦: ٢٨٧.

(٢) أي إن كان قد أحال في تلك السنة، فلم يخرج شيئاً، فهذه معاملةٌ جائزةٌ، ولا أجر للعامل في عمله، ولا شيء له؛ لأنّه بما حصل من الآفة يتبين أن الثمار كانت لا تخرج في المدّة المذكورة، وإذا لم يتبين المفسد بقي العقد صحيحاً وموجباً الشركة في الخارج، فإذا لم يحصل الخارج لم يكن لواحدٍ منهما على صاحبه شيء، كما في المبسوط٢٣: ١٠٤.

(٣) الرَّطبة؛ بالفتح: الاسفست، وفي (كتاب العشر): البقول غير الرطاب، فإنّما البقولُ مثل الكرَّاثّ، ونحو ذلك، والرِّطاب هو: القِثَّاء، والبطيخ، والباذنجان وما يجري مجراه، والأوّل هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، كما في المغرب ص١٩٠.

قال: (**وتجوز المساقاة في الشَّجر والكَرم والرِّطاب وأُصول الباذنجان**)؛ لأنّ لعملِهِ تأثيراً في نمائِهِ وَجَودتِهِ؛ لعموم الحاجةِ في الكلّ، وأَهْلُ خَيْبر كانوا يَعْمَلون في الأَشجار والرِّطاب.

وإنّما يجوز ذلك (**إذا كانت تَزيدُ بالسَّقي والعَمل**): كالطَّلْع والبَلَح والبُسْر ونحو ذلك، حتى يكون لعملِهِ أثرٌ يستحقُّ به شيئاً من الخارج، حتى لو دفعَها وقد انتهت الثَّمرةُ في العِظَم، ولا تَزيد بعملِهِ لا يجوز؛ لأنّه لا أثر لعملِهِ، وهو إنّما يَسْتَحِقُّ به، ومتى فَسَدَت المُساقاة فله أَجرُ مثلِه، وقد بَيَّنّاه، وعلى هذا الزَّرْعُ إن دَفَعَه وهو بقلٌ جاز، وإن كان قد استحصدَ لا يجوز.

قال: (**وتبطل بالموت**)؛ لأنّها في معنى الإجارة، وقد مَرَّ.

فإن مات ربُّ الأرض والخارجُ بُسْرٌ فللعامل أن يقومَ عليه حتى تدرك الثَّمرة وإن أَبَى الورثةُ ذلك دَفْعاً للضَّرر عنه، ولا ضررَ عليهم في ذلك.

ولو أراد العاملُ قَطْعَه وإدخال الضَّرر على نفسِهِ، فالورثةُ بالخِيار إمّا أن يَقْسِموا البُسْر على الشَّرط، أو يُعْطوه قيمةَ نَصيبه بُسْراً، أو يُنْفقوا على البُسر ويَرْجِعوا به على العامل؛ لأنّه ليس له إلحاقُ الضَّرر بهم، ودفعُه مُتَعيِّنٌ بما ذكرنا.

وإن مات العاملُ فلورثتِهِ أن يَقوموا مَقامه وإن كَرِه رَبُّ الأرض؛ لما ذكرنا، وفيه نظرٌ للجانبين.

وإن أرادوا قَطْعَه بُسْراً، فلصاحب الأرض الخِيارات الثَّلاث على ما بيّنّا.

وإن ماتا فورثةُ كلِّ واحدٍ كالمُوَرِّثِ.

ونظيرُه في المُزارعةِ إذا مات المُزارع، وقد نَبَتَ الزَّرعُ، فلورثته أن يقوموا مقامَه، وإن أَبى رَبُّ الأرض؛ لما بيَّنّا، وإن أرادوا قَلْعَه، فللمالك الخِيارات الثَّلاث على ما بيّنّا.

وإذا انْقَضَت مُدّةُ المُساقاة، فهو كالموتِ، وللعامل أن يقومَ عليها، حتى تُدْرِكَ ولا أَجْرَ عليه، بخلافِ المُزارعة؛ لأنّ الأرضَ يجوز استئجارُها، ولا يجوز استئجارُ الشَّجر، والعَمَلُ كلُّه على العامل، بخلافِ المُزارعةِ حيث تكون عليهما؛ لأنّه لا أَجْر عليه هنا، فيكون العَمَلُ عليه حتى يَنْتَهي.

أمّا في المُزارعةِ لمّا وَجَبَ عليه مثلُ نصف أَجْر الأَرْض لا يَسْتَحقُّ عليه العَمَل.

وتُفْسَخُ بالأَعْذار كما في الإِجارة.

وممَّا يَخْتَصُّ بها من الأَعذار:

١. كونُ العامل سارقاً يَسْرِقُ السَّعَفَ[1] والخَشَبَ والثَّمرة قبل الإدراك؛ لأنّه يلزم المالك ضررٌ لم يَلْتَزِمْه.

٢. ومنها: مرضُ العاملِ إذا أَعْجَزَه عن العمل؛ لأنّه يلزمُه الاستئجار بزيادةِ أَجْر، وأنّه ضررٌ لم يَلْتَزِمْه.

وليس للمالك الفسخ بغير عذر؛ لما بيّنّا في المُزارعة: أنّ المُساقاةَ تَلْزَمُ من الجانبين.

* * *

(١) السَّعَف: وَرَقُ جَريدِ النَّخل الذي يُسَفُّ منه الزُبُل والمَرواح، كما في الاختيار١: ٣٧٩.

فهرس الموضوعات: